Fundamento e finalidade economico-sociaes do Direito Civil

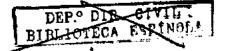
Limitação do Direito de Propriedade

Contracto de Trabalho

THESES DE CONCURSO
PARA A LIVRE - DOCENCIA DA
SECÇÃO DE DIREITO CIVIL
NA FACULDADE DE DIREITO DO
RECIFE

Pedro Xisto
PREMIO ESCOLAR
de viagem á Europa — Faculd. de Dir. do Recife, 1920.
ADVOGADO.

Ao Dr. Waldemar Ferreira,
com a sympathia e a admiração
de
Pedro Xisto
S. Paulo
I · 930

1923
Escolas Profissionaes do Collegio Salesiano
RECIFE

Limitação do Direito de Propriedade

"Le droit de propriété privée est essentiellement un droit relatif" (HAYEM).

"L'idea del limite risponde ad una grande legge della natura... la legge del limite si rivela più attiva, più potente, più necessaria, più efficace, più sensibile, quanto più gli organismi sono complicati, meglio costituiti e più perfetti".

..."La proprietà, oltrechè diritto e più che semplice diritto individuale, è altissima funzione sociale" (CIMBALI).

I

Importancia da questão da propriedade

1.

A questão da propriedade é a questão mais sensivel da existencia pratica. No rythmo da sua historia, parece ondular o proprio rythmo da vida social. Aquelle problema sempre foi a grande fatalidade, a que nenhum espirito fugio. Consciente ou inconscientemente, ao defrontar a questão da vida real, toda mente humana, em sua faculdade mais vivaz, tem sido levada áquella interrogação. E' necessaria a propriedade? Como satisfaser, em justiça, tal necessidade?

E o interesse pela resposta, sempre foi o interesse pratico por excellencia, quasi o proprio interesse da conservação da vida. Os homens, a conceber — embora variamente — a noção de propriedade, tenderam historica-

mente, com poucas excepções, a ver nesta, alguma coisa da mesma naturesa da felicidade, quando não a felicidade em seu typico elemento. A propriedade veio assim a se confundir mais ou menos com a civilisação. Aquella quasi valeria esta.

Tal ascendencia da questão da propriedade no espirito humano, distingue-se hoje, não porque seja mais real do que em outros tempos, porem por ser mais percebida, na consciencia do individuo e na das massas populares.

Talvez se possa diser que a propriedade é a visão mais impressionante que convulsiona a humanidade hodierna. Visão que brilha no recesso dos mais arrojados ideaes, dos ideaes mais longinquos. Todo o extraordinario movimento social moderno, se destina, em definitiva, na sua feição pratica, á solução daquelle problema. Emquanto, outr'ora, a representação mental (sobretudo nas collectividades) desta tendencia, se fasia um tanto obscuramente, nos dias correntes, porem, tal representação se perfaz com nitidez. Sempre se teve a preoccupação superior de resolver a questão acenada: a differença é que na antiguidade se não tinha a consciencia clara desta preoccupação, isto é, agia-se mais por instincto; hoje, tal consciencia affirmou-se, ou — si quiserem — intensificou-se, e, ao mesmo tempo, extendeu-se na sociedade, a illuminar sobretudo o campo immenso das classes inferiores.

Esta é a primeira face da importancia de tal problema: o interesse universal por elle, e a universal consciencia disto.

Não lhe ha fugir, portanto. E, em especial, o Direito, que ha de observar, com a maior sollicitude, esses interesses geraes da humanidade. Urge, assim, em principio, lembrarmos alguns outros aspectos daquella importancia. E em seguida ver-se-á como esta envolve realmente o Direito, e quaes são as tendencias deste em frente ao problema.

2.

E' neste facto da maior consideração que as classes não-proprietarias têm actualmente pelo problema, é no facto da comprehensão deste dentro da moderna lucta social, que se lhe encontra a grande e nova importancia: o problema da propriedade apparece como o centro da questão economico-social. E' aqui realmente o ponto de maior sensibilidade, onde se traçam as theses antagonistas dos conservadores e dos renovadores do vigente regime social.

Sabe-se que no systema de distribuição dos bens, se descobre o caracter intimo, a nota especifica de uma organisação economico-social. E' uma questão de propriedade. Comprehende-se, assim, como nesta esteja a pedra de tóque dos programmas de reforma social. E d' ahi o se acceitar tambem que nas regras da distribuição, nos preceitos sobre a propriedade, esteja o supremo ponto de definição dos systemas de socialismo juridico.

MENGER diz expressamente que, " sendo o socialismo antes de tudo um problema de repartição, esta questão forma o centro dos systemas socialistas de Direito ". O aspecto mais notorio do socialismo, é justamente aquelle por onde se clama contra a iniquidade da actual distribuição da propriedade, que sancciona a miseria da immensa maioria ao lado da opulencia de uns poucos privilegiados. Todos os projectos socialistas se orientam para este essencial fim pratico: a approximada egualdade, ou, melhor, a justa proporção entre os homens, na posse das riquesas.

3.

Entendida, assim, como o nervo da questão social, a propriedade toma, em sua these, uma pluralidade de aspectos e uma relevancia, que verdadeiramente a fasem um dos problemas basicos da civilisação. Este entrelaça-se logo com o problema irmão do trabalho.

Não é preciso diser aqui da importancia decisiva do trabalho. Basta recebe-lo como a palavra de ordem do dia. Pois bem: esta ordem social do trabalho, óra esboçada em nossos dias, é o justo processo, é uma chave com que se busca a solução do problema da propriedade.

Aqui palpita o supremo interesse pratico da sociedade e do individuo. O trabalho, em se rehabilitando, rehabilitará a propriedade. Esta se conjugará, emfim, com aquelle. Serão duas feições de um mesmo problema.

Apenas, a propriedade resaltará mais vivamente, porque a consciencia vulgar já se acostumou a aprecia-la, não como o simples meio que ella é realmente, mas como um proprio fim; estima-se nella um equivalente, uma expressão caracteristica do bem estar material, senão de toda a ventura. Explica-se isto talvez, não só pela multimillenaria predominancia da propriedade, como pelo facto de ella vir mais perto da satisfação das necessidades humanas, pelo facto de ser o ultimo instrumento com que se alcança tal satisfação. O homem commum não comprehenderá uma propriedade que já não seja, ella mesmo, um começo desse contentamento.

Tal typo de homem comprehenderá porem, e acceitará por fim, a mais radical reforma da instituição. Comtanto que esta não desappareça, mas simplesmente se modifique. Elle poderá até aspirar em tal metamorphose, a verdadeira realisação do ideal de propriedade. E é isto,

justamente, um dos grandes signaes da phase hodierna da civilisação. Accendeu-se uma nova consciencia, que se desilludio das virtudes do classico regime da propriedade, e prevê e reclama para esta um novo cyclo.

Ella é accusada de ser, naquelle regime, a fonte maxima dos antagonismos que mais deshumanamente corrompem o mundo. Opposições entre as classes, entre os individuos; até entre os proprios sentimentos de um mesmo homem, que se desliga, ás veses, de bons impulsos, de humanitarios propositos, e gravita tristemente para um interesse egoistico. Ella é accusada de, na sua forma individualista, não corresponder concretamente, na vera Justiça, ás necessidades e ao trabalho dos homens. Condemnam-se os principios basicos do vigente Direito da propriedade.

Reconhecem-se, agora, como principal causa e medida deste direito, o facto e o dever do trabalho. A propriedade não pode mais ser a exploradora vil do trabalho, nem mesmo trata-lo com indifferença. Ella, si deve assegurar a justa conquista da subsistencia social, deve ser, ella mesmo, uma justa conquista do trabalho. Este lhe será o principio vital. A propriedade que não for um premio do trabalho ou um necessario socorro ao fraco, difficilmente deixará de ser uma usurpação.

Este, o novo espirito do Direito. Eis mais um signal da importancia da questão da propriedade.

4.

Tal importancia pode ainda ser verificada, si attentarmos em que, em largo consenso doutrinario, aquella questão é problema de liberdade, é projecção da personalidade. A liberdade humana agindo sobre as coisas, toma

o aspecto de propriedade. Esta deriva immediatamente da propria personalidade, que tem nella um objecto necessario á sua completa expansão.

Conforme a noção que se tenha, na theoria e na pratica, da dignidade humana, dos seus direitos e deveres fundamentaes, conforme se entenda a liberdade, assim regula-se, assim manifesta-se a propriedade.

E' isto um ensinamento da historia. Sabe-se do caracter communista e confuso da propriedade nos principios da civilisação, quando o individuo era parte indistincta na collectividade e ao serviço desta era absorvido e esmagado. Depois, surgem ainda parallelamente a hegemonia do familiarismo e da propriedade familiar. Mais tarde, com a irrupção vencedora da individualidade humana, affirma-se tambem dominadora a propriedade individual. E esta vem com aquella nas suas vicissitudes historicas, nos seus enredos politicos, nos seus surtos economicos, nos seus exaggeros, nas suas corrupções. E hoje ainda estremecem juntas, no limiar da renovação social.

Ellas estão entre si naquella complexa relação de interdependencia, de mutua e relativa determinação, em que existem, em estado estatico ou dynamico, os phenomenos economicos e os factos ethico-juridicos. Comprehende-se, assim, que não haja uma rigorosa ou absoluta successão historica de taes formas de propriedade, mas que haja sempre, nos vastos limites do planeta, uma coexistencia dellas. O que se constata é o traço predominante, é a regra geral, é a possivel definição de um momento. Deste modo entendida, é innegavel a commum naturesa dos problemas da liberdade e da propriedade.

5.

E esta commum naturesa em pontos basicos, se não entretece apenas com aspectos parciaes da vida social. No espirito integral desta vida, ainda vem commungar a propriedade. Os ideáes desta agitam-se no mesmo impeto dos ideáes supremos da humanidade. O mundo de hoje nos dá significativo exemplo.

Conferida importancia decisiva á propriedade, com o assignar-se-lhe a funcção nutritiva da sociedade, é de ver como a bôa acceitação geral das regras que lhe dessem, dependesse justamente da bôa effeituação geral de tal funcção. A carencia de nutrição é sentida pelo organismo todo e, assim, aquella funcção deveria estar ordenada, de modo a prestar a cada orgão ou tecido o alimento proporcional ás suas necessidades, em se garantindo ao corpo a propicia economia organica. Nenhuma parte deveria subsistir ás custas de outras.

Entretanto, a ordem individualista da propriedade — a ordem caracteristica dos tempos modernos — não trouxe para esta uma bôa effeituação geral. Vio-se que somente a alguns bem fadados, é que, na pratica do systema, tocava a propriedade. Esta veio a ser, realmente, um *poder* que tendia naturalmente a avolumar-se, em alargando a sua fonte, isto é, em conquistando propriedade ainda maior. A este movimento de accrescimo e superabundancia em um polo, correspondeu, ainda naturalmente, um outro movimento de diminuição e anemia no outro polo da sociedade. Nenhum quadro mais desolador e flagrante do que este, no mundo actual, das poucas fortunas collossaes a par das innumeraveis e tambem incalculaveis miserias. E' u'a imagem typica de desequilibrio social.

A pura logica do systema não leva a menor de-

cepção. O individualismo economico-juridico annunciava-se conceitualmente, como o systema da liberdade. Esta ostentava o seu signal predilecto na propriedade individual, e apontava a sua grande regra no dever e no direito de egual liberdade. O individualismo ao proclamar este canon, subscreveu a sua propria condemnação. Porque, buscando nós o destino a que a verdadeira Logica nos envia, isto é, buscando a Vida, nós observamos aquelle desequilibrio social já assignalado. E, então, não ha fugir ao proprio desenvolvimento do raciocinio: si se confessa que todos os homens são livres e têm direito a uma egual liberdade, é contrario ao principio da liberdade o systema vigente da propriedade individual, pois este resultou na dependencia da immensa maioria proletaria em frente á pequena minoria proprietaria. O homem, na sua conquista da liberdade, se não pode contentar nem, muito menos, illudir com a liberdade politica ou com a liberdade civil... de Codigo. E já despertou realmente esta nova consciencia. O homem de hoje comprehendeu que o Direito deve ser uma expressão real da Vida e não u'a miragem. A propriedade individual não pode ser mais uma illusão.

Em meio a esse impulso reivindicador de supremas regras moraes, em meio a essa nova aspiração da justa liberdade, em meio a essa hodierna floração das forças e direitos do trabalho, em meio a esse vasto ideal socialista, tambem — e necessariamente — vem ascendendo um certo ideal collectivista da propriedade. Já não falo, aqui, dos programmas radicaes, mas me refiro a um innegavel levantamento geral, assim affectivo como scientifico, para uma nova concepção da felicidade individual — como parte da felicidade de todos —, para uma nova concepção da propriedade, que não deve servir apenas aos proprietarios, que deve ser, concretamente, a expressão promettida da liberdade justa, a proclamada funcção nutritiva da sociedade.

5A.

A importancia da questão da propriedade já se impõe com a mesma importancia do problema da civilisação, do problema da Justiça. O resolver-se da primeira questão será, pelo menos, o facto por excellencia indicador da solução das duas outras. Vasia palavra não foi a de ZINI quando, a admittir embora a possibilidade de resolver-se o problema da propriedade, apontava a gravissima importancia deste, no ter sido "durante toda a historia humana, enigma perpetuo que, por não ter achado ainda o seu Œdipo, continúa a ameaçar de frequentes crises a sociedade inteira na sua parte mais vital".

Mas, considerada sempre a relatividade de todas as tendencias e soluções humanas, e, considerado o evidente caracter juridico do problema, qual é a grande necessidade sentida e qual é o rumo já praticado? Como se apresenta ao Direito, e, em especial, ao Direito Civil, o problema da propriedade?

II

Necessidade da limitação do Direito de Propriedade

6.

A ideia de Direito é uma ideia de Limite.

São construcções que esbatem suas arestas, são organismos que se acautelam em seu desenvolvimento, são actividades que se cohibem mutuamente os excessos... E' a vida social, onde, conceitualmente, se restringem os poderes de cada um, afim de ser realmente assegurado a todos um minimo indispensavel de direitos.

A verdadeira e sã liberdade somente existirá, quando se presupponha a garantia effectiva de tal minimo. Assim é que o Direito Novo — o Direito Social — traz entre os seus principios cardeaes, aquelle que reclama a satisfação, em primeiro logar, das necessidades elementares e

mais urgentes de todos os homens, para depois se prover ás necessidades de maior refinamento e menor urgencia. Nesta limitação está a regra juridica primordial.

A funcção, por excellencia, do Direito, a sua funcção pratica e ideal, é disciplinar desegualdades, isto é, accomoda-las entre si e com a Justiça, de modo a se attenuar a cruesa fatal das desegualdadas naturaes e a se corrigir e remover a iniquidade das differenças artificiaes (1). E' u'a immensa tarefa de limitação. Limita-se a força, e, analogamente, limita-se a fraquesa: nenhuma dellas deve ultrapassar certo extremo inevitavel.

Surgindo entre egualdades, não perde o Direito aquella significação. Elle deixa apenas sua feição combativa, sua intervenção transformadora, para se tornar o symbolo augusto de uma limitação já existente. O Direito quando depara, na sociedade, uma justa proporção, encontra ahi, nesses limites naturaes ou expontaneos, uma si-

---

(1) A correlação entre o facto das desegualdades humanas e a questão da propriedade, é hoje uma observação facil. Comprehende-se como toda a delicadesa dolorosa desta questão seja um reflexo daquelle facto.

FELIPE DIAZ nos mostra as referidas desegualdades como "una de las fuentes, quizás la única, del odio entre los humanos". O fraco, que não conseguio uma apropriação como a que logrou o forte, inveja a este e lhe toma odio, ao tempo tambem em que o vê crescer no egoismo. Si é o accaso que favorece o individuo, com a descoberta, p. ex., de minas ou thesouros, sóe insuflar-se não menos a ambição de tal individuo esquecido de que lhe falta o grande elemento moralisador da propriedade — o trabalho.

A mantença das desegualdades inflamma e sustem assim a do absolutismo do proprietario. Ha, no fundo, uma grande questão de moral. E assim é que o mesmo F. DIAZ, depois de accentuar que "este egoismo, esta ambición, esta desigualdad, estes odios, han hecho al hombre olvidar que vive entre hombres", appella, em definitiva, nesta questão da propriedade, para o Amor.

A reacção contra as desegualdades e o individualismo da propriedade, ha, antes de tudo, de abandonar o principio da ordem social condemnada. "Con base de odios no puede haber nada estable: lleva en sí mismo el germen de su dissolución". "Hay que infiltrar el amor en todos los corazones"...

tuação concreta e particular, da qual é elle a formula geral e abstracta.

O Direito concebido no individuo independentemente de desegualdades ou egualdades sociaes, o Direito, assim neste conceito por abstracção, ainda tem limites na simples e unica pessôa do seu titular: O Direito ha de limitar-se em um Dever do mesmo individuo. Ninguem deveria ter e usar um Direito senão na medida em que teivesse e cumprisse um correspondente Dever.

7.

Diz-se, aliás, que "a ideia de limite responde a uma grande lei da naturesa", a lei do limite, á qual nenhum ser se exime, lei que "se revela tanto mais activa, mais potente, mais necessaria, mais efficaz, mais sensivel, quanto mais os organismos são complicados, bem constituidos e mais perfeitos" (CIMBALI).

As duas grandes tendencias do progresso — a especificação e a coordenação — implicam evidentemente limites para aquillo que se distingue ou solidarisa, na rasão mesma do incremento de taes tendencias. Nenhum ser se destina preponderante ou exclusivamente a servir um fim especial, ou visa sobretudo a sua integração em um organismo superior, sem que se submetta — aquelle ser — a limitações em sua physionomia, extensão, intensidade de acção... ou até em sua propria substancia.

Aliás, aquellas duas tendencias, que são reciprocamente indispensaveis, relacionam-se entre si, limitando-se mutuamente. Todo principio especial, todo desenvolvimento individual, a seguir a necessidade da primeira tendencia, é levado sempre ou quasi sempre alem de um certo ponto, onde por duas rasões deveria ficar: em uma rasão negativa

para se preservar de um desvio ou extenuamento, e, propriamente, em uma rasão positiva, para orientar o seu movimento no sentido da segunda tendencia — a coordenação com os outros principios ou desenvolvimentos particulares e com os principios e desenvolvimentos geraes. E, por sua vez, esta ultima tendencia carecerá tambem frequentemente de limites, afim de se manter um minimo indispensavel de affirmação individual, afim de se não desvirtuar o vero progresso que, visando a harmonia commum, quer tambem necessariamente o aperfeiçoamento singular desses elementos harmonicos.

8.

E' possivel sentirmos agora bem conscientemente, a necessidade de limitar-se a propriedade. DUPONT-WHITE (1) ensinou que "o progresso faz com esta o que faz com o Direito: elle a propaga, a limita, a assegura". A propriedade é uma das maiores ideias do Direito e um dos mais complicados organismos no mundo social: ella não pode fugir á ideia e á lei do limite.

Assim é, si relembrarmos, p. ex., aquellas aspirações collectivistas, em certo aspecto já em começo de realisação, a par dos prepotentes actos individualistas de propriedade. COSENTINI accentúa como os capitalistas, na expansão de suas forças, procuram a predominancia destes ultimos actos, e como os proletarios, na contingencia de sua especial situação, anceiam pela victoria extremada do collectivismo. São dois principios particulares — o dos proprietarios e o dos desafortunados — principios, assim, que tendem a exaggeros perniciosos. De outro lado, con-

(1) *Apud* TISSIER.

funde-se a solidariedade nesta materia, ou com o simples respeito mutuo entre os diversos direitos de propriedade, ou com a absoluta absorpção destes direitos no Direito do trabalho. E' isto o excesso falso ou o desvio daquella segunda tendencia do progresso — a coordenação.

Urge, portanto, a verdadeira harmonia entre as duas tendencias, e, dentro de cada uma destas, entre os diversos principios. E para consecução de tal fim, evidentemente não será despresivel um processo de limitação, sobretudo da propriedade individual cujo predominio funesto tem sido prestigiado pelo moderno liberalismo economico-juridico.

9.

Esta carencia de limites á propriedade, é da mesma natureza daquella referente a limites da autonomia individual. Assim como esta se deve restringir, coordenando-se com a liberdade de todos, analogamente se deve limitar a propriedade individual, coordenando-se com as necessidades da subsistencia collectiva.

Já é um facto irretorquivel esta necessidade da commum limitação social da liberdade e da propriedade. IHERING, p. ex., nos descreve o quadro destes direitos individuaes, envolvidos necessariamente pelas considerações sociaes, assim como a atmosphera envolve os homens e sobre estes pesa: é possivel não haver consciencia deste peso e da necessidade desta atmosphera, mas nem por isto deixam taes factos de ser profundamente reaes. O homem não se pode erigir em senhor absoluto dentro da fortalesa inexpugnavel que seria o seu direito de propriedade. Em regra, a "santidade" deste direito é invocada por gente que nenhuma aspiração ou pratica possúe de "santidade": tal invocação é o cynismo do egoista e a expressão da insaciabilidade do seu appetite. Um profundo erro, corrente até entre juristas, é a these em favor do poder illimitado do proprietario e contra as restricções a este direito por ferirem o espirito da instituição...

Assim é que fala IHERING, e assim é que tambem falam os apostolos da socialisação do Direito Civil.

10.

Ha uma visceral necessidade de limitar-se o direito individual do proprietario. E' este o primeiro reclamo do Direito, e, em especial, do direito Civil, em frente ao problema da propriedade. Ver-se-á, agora, neste leve ensaio de these, como se veio, na evolução juridica, procurando rerponder a tal exigencia; a seguir, observar-se-á, tambem rapidamente, o aspecto actual da limitação; e, por fim, lembrar-se-á o escopo a que tende esta ideia e lei do limite.

III

Desenvolvimento historico da limitação ao Direito de Propriedade

11.

A evolução do Direito de Propriedade, a effeituar-se, como sabemos, com as manifestações da personalidade e da liberdade, já foi considerada quasi a propria historia do progresso humano. E' a historia da limitação de um direito. São as contingencias por que têm passado a propria essencia do Direito, que, em meio das mais lastimaveis mystificações ou mal entendimentos, ha sempre trescalado — ainda quando quasi imperceptivelmente — por bem da continuidade historica do desenvolvimento humano.

12.

Gerado o sentimento de propriedade, correlativamente ao surgir da previdencia e ao moderar da impulsi-

vidade do homem primitivo; comprehendida, embora de um modo rudimentar, a vida social; tornada mais duravel a relação entre o homem e as coisas que lhe são necessarias ou uteis; realisada menos instinctivamente e mais conscientemente a funcção humana pela qual se conseguem taes coisas: levanta-se do facto concreto da posse, a abstracção de um Direito de propriedade — confuso a principio naquella homogeneidade incoherente do communismo primitivo, e, já menos grosseiramente entendido em sua funcção social, na phase seguinte do familiarismo (ZINI).

Naquellas epochas remotas da civilisação, o Direito de Propriedade teve o seu limite, primeiramente, no facto brutal da força, e, depois, na concepção de que somente na collectividade (clan, tribu, familia...) estava aquelle verdadeiro Direito, tocando assim aos individuos (e até á propria familia, em muitos casos) o simples direito de goso (CIMBALI). Affirmava-se então o famoso condicionamento da ideia de propriedade na ideia de soberania, ou, mesmo, a verdadeira confusão entre estas (HAYEM). Era ainda a lucta entre o Estado e o individuo, ambos em formação. A força que servira á satisfação das necessidades economicas, serviria, em definitiva, á satisfação dos outros reclamos. O forte seria o protector indispensavel, o *senhor* inevitavel. O Estado teve logo a consciencia disto. E a Historia propriamente, começou assim.

13.

Um exemplo, sempre trazido neste ponto, é o da Grecia. E é summamente interessante, porque ahi coexistem grandes symptomas da civilisação anterior, com germens não menos fecundos dos desenvolvimentos porvindoiros. Neste exemplo, si anda o ambiente ainda cheio daquelle

excesso oriental definido como o "pantheismo politico", comtudo já bem se distinguem, embora envolvidas no manto politico, as influencias civis. O Estado ainda se julga omnipotente, mas, elle mesmo, serve tambem, a par do seu especial interesse, o interesse privado-social.

Assim é que Sparta, embora, na apreciação de WILSON, nos dê o typo classico e o mais extremado exemplo da acção do Estado antigo sobre a propriedade, nos deixa ver, comtudo, a necessidade percebida de uma justa proporção em riquesas entre os homens, e a limitação da propriedade neste sentido. Si é provavel que o motivo politico tenha sido o determinante de tal limitação, não se pode negar, porem, que, na realidade, o beneficiado immediato não era o Estado, e, sim, a sociedade civil. O proprio WILSON, entre outros, nos mostra Sparta, proprietaria eminente da riquesa dos seus cidadãos, mas agindo sobre esta riquesa para o bem destes. E assim é que se via o Estado corrigir as desproporções de propriedade entre os spartanos, com diversas limitações de tal Direito. Em Athenas mesmo, onde havia maior liberdade, limitava-se tambem a propriedade privada, quando, p. ex., se punia com uma perda de direitos quem dissipava seus bens em uma vida dissoluta.

14.

Em Roma, affirmam-se de vez o individuo e a propriedade privada. Este facto impressionou tanto a Edade Moderna, que passou em habito o invocar-se a summa autoridade romana para a justificação do absolutismo do direito de propriedade. E d' ahi, em margem opposta, um dos maximos artigos de accusação ao Direito Romano: este protegia, iniquamente, com um sello quasi divino a

propriedade, que era inviolavel e absoluta. Entretanto, não é possivel receber-se deste modo, a arguição de individualismo do Direito da Cidade Eterna. Não é exacto que ahi, sempre, se consagrasse a intangibilidade do direito do proprietario.

Assim nos ensina autoridade como IHERING, que aponta, p. ex., o usucapião e certos casos de innegavel desapropriação por immediato interesse privado, como signaes de limite social á propriedade individual. Perante o Direito Romano, affirma aquelle mestre, a propriedade não deveria existir somente para o proprietario, mas tambem para a sociedade. Assim é que, já no periodo antigo, o Censor lembrava ao agricultor negligente, os deveres sociaes deste; e nos ultimos tempos, o agricultor inactivo (embora por causa dos pesados impostos) estava sujeito a ver sua terra offerecida a quem viesse cultiva-la; a casa em ruinas era adjudicada áquelle dos proprietarios communs que, sob recusa dos outros, a reparara ás suas custas; não era licita a clausula testamentaria que ordenasse o aniquillamento dos valores do testador ou o seu enterramento com este; em certos casos, quando o juiz pronunciara a restituição da coisa, mas a isto não obedecera o réo, este não poderia ser condemnado, em fim, senão ao pagamento de uma quantia —equivalente pratico de uma desapropriação; no usucapião e na accessão, o absolutismo individualista cedia evidentemente ao interesse social da propriedade... "Em frente á propriedade, que, por se affirmar ella mesma, arruinaria a coisa, levanta-se a lei que ou simplesmente interdiz a sua acção, ou, em desapropriando, a transfere ao adversario. Tal é a physionomia verdadeira da propriedade romana".

Licção assim tambem é ministrada pelo prof. RIC-

COBONO que, apreciando a influencia christan sobre a relativa affirmação social do direito de propriedade na obra de Justiniano, nos mostra, em tal direito, o surgimento da "ideia de um limite essencial" no seu exercicio. Ideia esta que se manifestava negativamente, como "limite intrinseco" naquelle exercicio, de modo que o proprietario não faria, em regra, senão o que fosse inoffensivo a outros, e, que se apresentava positivamente, como vantagens em propriedade alheia. A funcção da propriedade se não ordenava apenas sobre o arbitrio individual do titular, mas tambem sobre as necessidades do bem estar social.

Exemplos de limites postos pela lei á propriedade, existiam na determinação de ser o terreno inferior obrigado a receber as aguas naturalmente correntes do superior, ou, na prohibição de faser certas construcções que alterassem em prejuiso do terreno inferior o curso natural das aguas, ou que ameaçassem o predio visinho, ou que não guardassem uma certa distancia deste... (MACKELDEY). Havia restricções legaes no interesse da agricultura, da exploração das minas, da conservação dos predios, do culto, da saúde e segurança publicas... (MAINZ).

Por tudo isto certamente, e, em geral, por ter sido a propriedade romana um resultado da conquista militar — o que implicava um certo "direito eminente da collectividade que contribuira para a acquisição de tal propriedade" — é que ZINI assignala tambem a limitação deste direito em Roma, e leva á conta daquelle hyperbolismo tão commum nos homens, a definição absolutista do referido direito.

15.

A limitação do Direito de Propriedade veio ainda

complicar-se extraordinariamente na Edade Media e no Feudalismo, em seguida, porem, a uma affirmação tambem extraordinaria do absolutismo individualista. Esta primeira manifestação do Direito de Propriedade, ao fechar-se a Historia Antiga, explica-se geralmente com a victoria esmagadora dos "barbaros", com os seus inquebrantaveis sentimentos de independencia e valor pessoal, sentimentos estes, porem, que nem sempre significavam fero egoismo ou opposição á sociabilidade, mas que se contrapunham mais propriamente á concepção romana da sociedade capitalista. A phase seguinte, no Feudalismo, das restricções da propriedade tambem se explica, communmente, com o enredar-se desta nas funcções politicas. E se conclue ainda pela grande importancia desta phase da evolução do Direito de Propriedade que, nesse tempo, teve proclamados e praticados, embora ás veses exaggerados ou corrompidos, alguns dos seus grandes principios sociaes, e, ainda deu a prova das funestas consequencias do individualismo nesta materia.

15 A.

A procurar resumir a exposição historica de HAYEM, p. ex., é possivel recordar aqui alguns traços desse desenvolvimento da limitação do Direito em estudo. Tal Direito, antes do advento do feudalismo, existia virtualmente no Rei, que era, em verdade, o proprietario do seu reino. Esta concepção de autoridade se conciliava com aquelles sentimentos de independencia e valor pessoal dos "barbaros". Os particulares mereciam as maiores liberalidades do Rei, liberalidades que si de um lado exprimiam o alto poder real de propriedade, de outro lado porem foram fortalecendo o correspondente poder dos subditos. O

Rei si dava, era porque podia; mas os subditos, com o costume de receber, vieram a se fortificar extraordinariamente e a se julgar, a pouco e pouco, com um direito absoluto em taes vantagens.

E assim, com a instauração do feudalismo, isto é, com a força crescente de certos subditos — os grandes guerreiros, sobretudo — e o prestigio relativamente diminuido do Rei que se enfraquecera naquellas liberalidades, vio-se o espedaçamento da propriedade real e a partilha desses pedaços entre os "Senhores". Confundia-se então a propriedade de direito publico (isto é, o dominio eminente do "*senhor*" que trasia para o possuidor da terra os deveres de "*vassalo*") com a propriedade de direito privado. Esta ultima propriedade é que acarretava a primeira, em vez de ser limitada por ella. O senhor feudal tinha, p. ex., o direito de cunhar moeda ou o de chamar ás armas, pela rasão de ter o direito de propriedade privada das terras onde circularia tal moeda ou existiam taes homens d'armas.

E' o periodo da liberdade illimitada de disposições — por parte do Senhor — em materia de propriedade. HAYEM accentúa que, nesses começos do feudalismo, a propriedade foi livre como nunca, embora accentúe tambem que se entenda isto no sentido de jamais ter sido tal direito sujeito a menos prescripções. E nota ainda que tal typo de propriedade, embora tivesse proliferado nos mais deploraveis effeitos, servio, todavia, em seu tempo, a uma grande missão: a de salvar o paiz de uma infeliz anarchia, porque já não podendo o Rei manter a ordem contra as violencias dos bandoleiros no interior e dos inimigos no exterior, os fortes senhores feudaes, apoderando-se das parcellas da soberania real, vieram a proteger não

só os interesses privados dos seus vassalos como o proprio interesse publico.

15 B.

Esta geral segurança trouxe, porem, entre as suas consequencias, a de dar a calma precisa ao Rei para este reconstituir o seu antigo poder. E para esta reconstituição, invocaram-se justamente principios de Direito feudal e Direito romano, que resultavam em "tornar sensivel o caracter patrimonial daquelle poder". Do Direito do feudalismo aproveitou-se, em geral, que todo poder se ligava frequentemente á propriedade; do Direito romano, relembraram-se as limitações do direito do proprietario, e o facto da equiparação da propriedade provincial á propriedade no solo da Italia quando, por sua vez, o dominio eminente do Estado sobre aquelle direito nas provincias se extendeu deveras, com o imposto predial, á propriedade privada na Italia... Affirmou-se então, com nova força, o immenso dominio eminente do Rei e a correlativa limitação da propriedade privada.

Este *dominio* do Rei veio, depois, a abrandar-se em simples direito de gestão no interesse nacional: embora os reis a isto se não resignassem, a nação passou a ser a proprietaria do reino. A causa desta mudança é apontada por HAYEM no desenvolvimento de ideias como as da origem popular das leis, da propriedade nacional dos bens da Igreja, e do *interesse publico;* esta ultima ideia foi, aliás, invocada pelo Rei em proveito proprio, quando quiz reagir contra os possantes senhores feudaes zelosos de suas prerogativas: o Rei precisou proclamar que agia em nome da nação. Transformou-se assim o ti-

COBONO que, apreciando a influencia christan sobre a relativa affirmação social do direito de propriedade na obra de Justiniano, nos mostra, em tal direito, o surgimento da "ideia de um limite essencial" no seu exercicio. Ideia esta que se manifestava negativamente, como "limite intrinseco" naquelle exercicio, de modo que o proprietario não faria, em regra, senão o que fosse inoffensivo a outros, e, que se apresentava positivamente, como vantagens em propriedade alheia. A funcção da propriedade se não ordenava apenas sobre o arbitrio individual do titular, mas tambem sobre as necessidades do bem estar social.

Exemplos de limites postos pela lei á propriedade, existiam na determinação de ser o terreno inferior obrigado a receber as aguas naturalmente correntes do superior, ou, na prohibição de faser certas construcções que alterassem em prejuiso do terreno inferior o curso natural das aguas, ou que ameaçassem o predio visinho, ou que não guardassem uma certa distancia deste... (MACKELDEY). Havia restricções legaes no interesse da agricultura, da exploração das minas, da conservação dos predios, do culto, da saúde e segurança publicas... (MAINZ).

Por tudo isto certamente, e, em geral, por ter sido a propriedade romana um resultado da conquista militar — o que implicava um certo "direito eminente da collectividade que contribuira para a acquisição de tal propriedade" — é que ZINI assignala tambem a limitação deste direito em Roma, e leva á conta daquelle hyperbolismo tão commum nos homens, a definição absolutista do referido direito.

15.

A limitação do Direito de Propriedade veio ainda

complicar-se extraordinariamente na Edade Media e no Feudalismo, em seguida, porem, a uma affirmação tambem extraordinaria do absolutismo individualista. Esta primeira manifestação do Direito de Propriedade, ao fechar-se a Historia Antiga, explica-se geralmente com a victoria esmagadora dos "barbaros", com os seus inquebrantaveis sentimentos de independencia e valor pessoal, sentimentos estes, porem, que nem sempre significavam fero egoismo ou opposição á sociabilidade, mas que se contrapunham mais propriamente á concepção romana da sociedade capitalista. A phase seguinte, no Feudalismo, das restricções da propriedade tambem se explica, communmente, com o enredar-se desta nas funcções politicas. E se conclue ainda pela grande importancia desta phase da evolução do Direito de Propriedade que, nesse tempo, teve proclamados e praticados, embora ás veses exaggerados ou corrompidos, alguns dos seus grandes principios sociaes, e, ainda deu a prova das funestas consequencias do individualismo nesta materia.

15 A.

A procurar resumir a exposição historica de HAYEM, p. ex., é possivel recordar aqui alguns traços desse desenvolvimento da limitação do Direito em estudo. Tal Direito, antes do advento do feudalismo, existia virtualmente no Rei, que era, em verdade, o proprietario do seu reino. Esta concepção de autoridade se conciliava com aquelles sentimentos de independencia e valor pessoal dos "barbaros". Os particulares mereciam as maiores liberalidades do Rei, liberalidades que si de um lado exprimiam o alto poder real de propriedade, de outro lado porem foram fortalecendo o correspondente poder dos subditos. O

tular do direito superior que limitava o direito de propriedade privada. A limitação, porem, persistio.

16.

E esta limitação aggravou-se funestamente em uma complicação vasta e inextrincavel, nos fins do Feudalismo, nas vesperas da grande Revolução.

O direito de propriedade veio, em innumeraveis desmembramentos, a faser-se em *migalhas*. Tornou-se quasi impossivel depara-lo inteiriço, forte, livre nas mãos de um só titular. Foi a consequencia derradeira, com todos os seus desastres economicos, do principio antigamente invocado e praticado da absoluta liberdade d'aquelle direito. Os Senhores, a agir sem peias e a ter como medida de procedimento a sua ambição, estimularam necessariamente a cubiça do Rei e a delles mesmo entre si. Para que lhes dessem a força precisa para seus emprehendimentos, careceram então de vassalos e tiveram, assim, de repartir com estes as vantagens da propriedade. Pairavam, de tal modo, sobre esta, os direitos da nação, do Rei, do Senhor e do possuidor da terra. A propriedade já não era apenas limitada: era asphyxiada pelas mãos sem conta que a disputavam, em lucta que, por se pelejar ás veses surdamente, jamais deixava de ser terrivel e miseranda.

CHARMONT tambem nos conta esta situação da propriedade, sob o "ancien regime", hierarchisada, onerada de mil sujeições, espedaçada em direitos de dominio eminente e dominio util, incompleta, limitadissima. E HAYEM, depois de notar com BONCERF os innumeraveis sujeitos, mais ou menos acatados, de direitos reaes sobre uma só herdade, accentúa especialmente que taes direitos eram, de facto, parcellas de direito de propriedade, e mostra que, embora nesse fim do Feudalismo se distinguisse a propriedade de direito publico da de direito privado, estes dois aspectos de direito se enredavam e se subdividiam em uma desordem extrema, bastando lembrar, quanto ao puro direito privado, a "multidão de "bailleurs" e "tenanciers" perpetuos, tendo cada um uma parcella de propriedade pretendida ou reconhecida".

16 A.

Como reacção, embora variamente concebida e dirigida, a este pernicioso estado de desorientada limitação da propriedade que não satisfasia nem ao individuo nem á sociedade, levantou-se um movimento doutrinario no mesmo seculo XVIII. Das suas multiplices tendencias, affirmou-se preponderantemente a que visava o direito "absoluto" de propriedade. Mas um direito que só alcançaria tal poder, depois de estarem bem assegurados os interesses da sociedade em geral e de todos os proprietarios.

E estas novas ideias animaram, em regra, a Revolução Francesa, que foi, "na essencia, uma translação de propriedade" (TAINE (1)). Com a Revolução, se não condemnaram, em principio, os limites do direito em estudo: elles, apenas, orientaram-se, isto é, perderam a instabilidade e confusão do periodo antecedente, para busrem resolutamente um fim menos anti-social.

Quiz-se faser *absoluto* o direito de propriedade, quiz-se acabar e evitar para sempre o esmigalhamento desta sob o "ancien regime". E para isto, recordado que tal espedaçamento fôra um effeito da liberdade absoluta ante-

(1) *Apud* TISSIER.

rior, a Revolução houve por bem proclamar o absolutismo do direito de propriedade, mas, em verdade, redusir a bem pouco tal absolutismo com a vasta limitação que impoz ao mesmo direito. HAYEM exprime o pensamento da Revolução neste ponto, disendo: "O direito de propriedade, assim limitado, póde, emfim, ser um direito absoluto, porque, d'ora em vante, nenhum proprietario, como tal, poderá attentar contra os direitos da sociedade e os dos outros proprietarios, e, assim elle terá, em rasão de reciprocidade, o seu direito tão fortemente protegido quanto possivel".

17.

Ainda impregnado deste espirito o ambiente, surgio o Codigo-typo para o sec. XIX — o Codigo Napoleão. Sabe-se de sobra da importancia capital da propriedade neste monumento legislativo. Elle tem sido cognominado — o Codigo da Propriedade. Procurou-se tributar a esta o maior respeito. PORTALIS, FAURE e GRENIER, p. ex., disiam (1) respectivamente: que o principio do direito de propriedade "est comme l'âme universelle de toute la législation", estabelecendo-se "sur la propriété les fondements inébranlables de la République"; que "la propriété est la base de tout l'édifice politique"; que "c'est pour le garantir (le droit de propriété) que toutes puissances de la terre ont été établies", sendo a propriedade "la base de toute la législation"...

Annunciou-se solemnemente a libertação da propriedade dos vinculos anti-naturaes do Feudalismo, e proclamou-se então o correspondente direito "absoluto".

(1) *Apud* HAYEM.

Era a consequencia logica da reacção. Mas, por não falsear a logica da realidade inconfundivel, por não prejudicar a propria victoria da burguesia, o Codigo completou e precisou logo o seu pensamento, a encerrar a definição do poder absoluto do proprietario com uma rasão decisiva: "pourvu qu' il n' en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements". Não houvesse este limite essencial, e a liberdade desenfreiada traria a insegurança dos proprietarios mesmo, e não tardaria a renovar aquelle repellido esbandalhamento em que se esfacelou a primitiva liberdade do feudalismo.

E, entretanto, é este Codigo, o que se apresenta incontestadamente, como a suprema consagração legal do absolutismo da propriedade. E' que elle levou até onde poude arrostar com as necessidades sociaes, tal absolutismo. Mas não fugio ao limite conceitual do direito em questão. Os commentadores, observa SALEILLES, é que viram no famoso artigo definidor do direito de propriedade, o que lá se não encontrava: já se reconhece hoje que tal artigo se adaptaria a uma concepção relativista do mesmo direito.

Ainda aqui, não se prescindio da ideia e da lei do limite: este, apenas, transformou-se. Accentuou-se mesmo, como ainda não, ao entender-se, na doutrina daquelle tempo, que para se garantir a liberdade, urge limita-la. E' que a vida social sempre foi e será um jogo de opposições, um tecido de incoherencias, cuja harmonia, por mui profunda que é, sóe não corresponder a certa logica de superficialidades elegantes e satisfeitas. Por isto é que muita gente não comprehende aquella garantia da liberdade. Emfim — si não fosse o escandalo do paradoxo, poder-se-ia diser que é todo *relativo* o *absolutismo* do di-

reito de propriedade no Codigo Napoleão e nas legislações por este modeladas.

18.

Este movimento incrementa-se, em um natural processo de germinação, em a nova vida juridica despontada com o Codigo francez. Dentro da ordem burguesa da sociedade, o direito de propriedade se vem condicionando em necessidades de convivencia e mutuo respeito, isto é, se vem progressivamente limitando. E' movimento coetaneo da transformação das relações patrimoneiaes, com a mobilisação dos valores, o credito, a grande industria... E' o effeito do accrescimo de população e da correlativa carencia de uma producção mais propicia... E' a consequencia do proprio desenvolvimento das immensas ambições de propriedade, na lucta dos capitalistas entre si... Ora em extranho instincto, ora em opposição consciente aos seus intimos desejos, a propriedade individualista, á medida que alçava o collo, se resguardava nos limites.

Em vista, certamente, desses impulsos contradictorios, dessa nova complicação de influencias individuaes e sociaes, é que CHARMONT, deparando em seguida ao Codigo Civil francez uma evolução "complexa e de caracterisação difficil", denuncia "um duplo movimento em sentido inverso": emquanto, sob um aspecto, a propriedade se fez mais individual, "mais absoluta, mais rigorosa", em outro aspecto e ao mesmo tempo, ella se tornou "mais mobil, mais impessoal", vindo a "soffrer restricções e limites de mais a mais numerosos".

IV

Limitação hodierna do Direito de Propriedade

19.

Uma vista ligeira é bastante. Quer se considere a possibilidade de acquisição, a vantagem do uso e goso, a suprema faculdade de disposição ou a contingencia da perda da propriedade, observa-se que muitos e muitos limites condicionam a livre actividade do individuo. A's veses, já se nega ou restringe o proprio poder de adquirir; e, quando em frente ao proprietario — cercea-se-lhe o usar e gosar livremente da coisa, entrava-se-lhe o arbitrio de dispor desta ou se lhe impõe a perda da mesma.

São limites que a lei (1) ordena ou permitte, e que se percebem mais ou menos claramente.

(1) Quasi todos os exemplos que darei, são tomados do Codigo Civil Brasileiro (1916).

20.

Nem sempre quando somos *de facto* capases de adquirir, podemos *em direito* ser proprietarios, e, nem sempre quando temos estas duas possibilidades, podemos medir pelo nosso arbitrio tal apropriação. O consenso entre o dono anterior e o adquirente ou a apropriação independente da existencia ou vontade de um dono anterior, carecem, a cada momento, de attender a limitações. Estas já não são as concernentes ás formalidades, mas as relativas á legitimidade da acquisição em si mesma ou em sua extensão. Olhemos exemplos.

20 A.

Os terrenos alluviaes entram na propriedade dos donos dos terrenos marginaes, resguardados, porem, os interesses publicos da navegação. A apropriação de coisa abandonada ou que nunca teve dono, entende-se quando não seja prohibida por lei. A caça e a pesca têm limites nos regulamentos administrativos que acautelam de estragos perniciosos taes fontes de riquesa; o tempo e as zonas em que é licito caçar ou pescar, os meios para isto utilisados, etc., formam objecto de taes regulamentos. Tambem nos regulamentos administrativos, ha de limitar-se o aproveitamento das aguas dos rios publicos ou as pluviaes correntes por logares publicos.

O conjuge, o ascendente, o tutor, o curador, o credor pignoraticio, o depositario, etc., não têm a seu favor prescripção contra, respectivamente, o outro conjuge — durante o matrimonio —, o descendente — durante o patrio poder —, o tutelado ou curatelado — durante a tutela ou curatela —, o depositante — quanto aos bens depositados... E identicamente, não corre prescripção contra

os absolutamente incapases, os ausentes do territorio do Estado e a serviço deste, e os a serviço das armas nacionaes em tempo de guerra.

O maior licitante ou o credor adjudicatario, na execução de hypotheca de vias-ferreas, ha de ceder á preferencia do Estado.

Ao tutor, curador, testamenteiro, ou mandatario, é prohibida a compra, ainda em hasta publica, dos bens que lhe são confiados em rasão do seu officio. Egual prohibição attinge o empregado publico, quanto aos bens do Estado por elle administrados. E ainda os juises, e, em geral, as pessôas ao serviço da Justiça, tambem não podem comprar os bens sobre que se litigue em fôro onde ellas funccionem; e assim os juises, arbitradores ou peritos, cuja influencia seja possivel de qualquer forma no facto da venda.

20 B.

Na successão legitima, o Estado limita a serie dos individuos successiveis (quando chama somente até um certo grão os collateraes), e recolhe — elle mesmo — por fim, a herança. Os herdeiros ou legatarios que, por certos actos offenderam ou prejudicaram gravemente a pessôa de cuja successão se tratar, são excluidos desta successão e daquella eventual dos mesmos bens. Quanto á capacidade de adquirir por testamento, della são privados os que escreveram o testamento, ou a rogo (e neste caso, ainda o conjuge e certos parentes) ou em rasão do seu officio, assim como os que o aprovaram, ou lhe serviram de testemunhas, e ainda a concubina do testador casado; estas pessôas não podem adquirir nem quando simulem a forma de contracto oneroso, nem mesmo quando recebam por

interpostas pessôas, que a lei vê no conjuge e em certos parentes.

Ninguem é livre de acceitar a herança em parte, sob condição ou a termo. E a mulher casada ainda precisa da autorisação marital para ella acceitar herança ou legado.

O principio da inviolabilidade da legitima soffre restricções no poder do testador em prescrever a conversão dos bens em outras especies ou lhes estabelecer a incommunicabilidade, a livre administração pela mulher herdeira, ou a inalienabilidade temporaria ou vitalicia. Nestes casos, o herdeiro necessario tem limitado, no interesse da familia, o seu direito á adquisição da propriedade de taes bens.

Um outro limite no adquirir por successão é posto pela lei, quando, depois de equiparar, para os effeitos da successão, aos filhos legitimos os legitimados, os naturaes reconhecidos e os adoptivos, restringe logo o direito destes ultimos e dos naturaes reconhecidos na constancia do casamento, determinando que apenas recebam a metade, respectivamente, do que couber a cada um dos filhos legitimos supervenientes á adopção, ou a cada um dos filhos legitimos ou legitimados. Tratando-se de irmão ou filho de irmão unilateral, o seu quinhão hereditario tambem se limita á metade do que tocar, respectivamente, ao irmão bilateral ou ao filho de irmão germano.

O herdeiro instituido e o legatario soffrem, nos termos da lei, reducção nas suas vantagens, si estas ultrapassam a porção disponivel do testador.

Ás veses, certas coisas são retiradas da successão, como lembra HAYEM, referindo-se a certos papeis ou documentos que foram de personalidades politicas e que passam, com o desapparecimento destas, a pertencer ao Estado.

O herdeiro, embora em proporção da sua parte na herança, responde pelas dividas do *de cujus*. Aquelle adquire com tal limite.

Note-se tambem a limitação consideravel com os impostos de successão. O Estado, aqui, restringe, a seu favor, o direito de adquirir dos particulares.

20c.

Os monopolios do Estado tambem se resolvem em outras tantas limitações á apropriação individual. E ainda assim, se pode considerar o desenvolvimento da propriedade de seres collectivos que se multiplicam tão visivelmente em nossos tempos; a propriedade de taes seres, si, em regra, ainda se forma sob impulsos individualistas, é, todavia, um passo avante na estrada da socialisação da propriedade: taes seres collectivos poderão servir a fins egoisticos, porem, para buscar a sua força, utilisam-se de processos (rudimentares ou pervertidos, embora) da ordem collectivista. A expansão do patrimonio social, representado naquelles bens de uso commum do povo, e a existencia do patrimonio do Estado, concorrem tambem, de um certo modo, para a diminuição das coisas apropriaveis.

O proprio refinamento espiritual do homem lhe vae trasendo a consciencia de que urge limitar a apropriação individual, em beneficio da subsistencia de todos. Depois de um exame attento da evolução social nesta materia, ZINI não duvidou asseverar que o homem se torna tanto menos proprietario quanto mais se torna civilisado.

21.

Adquirido o direito de propriedade, logo lhe surgem limites á faculdade de usar e gosar do bem. São res-

tricções que avultam á primeira vista e que se reconhecem em exemplos como os seguintes.

21 A.

O typo classico do direito de propriedade — a propriedade do solo — é condicionado, em sua extensão, pelo principio de utilidade, o qual restringe o livre arbitrio do proprietario. Este tem limitado, na medida do seu legitimo interesse, o seu poder relativamente ao espaço aereo e ao sub-solo correspondentes ao seu terreno. " A propriedade é noção economica, a sua extensão deve corresponder á sua utilidade; é tambem um phenomeno social, deve adaptar-se ás necessidades da vida collectiva. Sob o influxo da sociologia e da economia politica, o Direito imprime á propriedade a forma que ella deve ter " (CLOVIS BEVILAQUA). A toda gente, hoje, affigurar-se-ia simplesmente um absurdo, a pretensão do proprietario em impedir a inoffensiva passagem de um aereoplano por sobre o seu terreno. Quanto ao uso e goso do sub-solo, basta lembrar as limitações tão reclamadas em materia de exploração de minas...

21 B.

Restricções vastas e incisivas do direito de propriedade, vamos encontrar nas relações de visinhança. Aqui pullulam casos interessantes.

O proprietario ha de usar do seu direito, de modo a não prejudicar a segurança, o socego e a saúde dos que habitam a propriedade visinha, assim como pode ser obrigado a faser em seu predio a demolição ou reparação que necessaria se mostre em rasão de taes direitos do visinho. Assim, é que não se póde construir de modo a se despejarem gotteiras sobre o predio visinho; e ainda faser, em

geral, construcções que provavelmente incommodem ou prejudiquem a visinhança, senão guardada a distancia marcada nos regulamentos competentes. E' obrigado á demolição das obras e responde por perdas e damnos, o proprietario que, sendo condomino da parede meia, constrúa sobre esta de modo a prejudicar a segurança ou a separação dos dois predios; que, sem permissão do visinho, encoste á parede deste, ou á parede meia, certos fornos, apparelhos hygienicos ou depositos damnosos; que faça obras que polluam ou inutilisem para o uso ordinario a agua de poço ou fonte alheia, a ellas preexistente; que faça excavações que tirem ao poço ou fonte de outrem a agua necessaria...

E as limitações em materia de aguas: de um lado — o dono do predio inferior ha de receber as aguas que correm naturalmente do superior, e, de outro lado — o curso natural das aguas pelos predios inferiores, não pode ser impedido pelo proprietario da fonte não captada, quando este proprietario já teve satisfeitas as necessidades do seu consumo; nos termos da lei, o proprietario de predio rustico, salvo o direito a ser indemnisado previamente, não se pode oppor á canalisação, por seu predio, das aguas a que outrem tenha direito para proveito agricola ou industrial...

Não se deparam menos exemplos de restricções, no direito de construir. Já se sabe, em questão de aguas, que o dono de predio superior, d'onde correm aguas para os predios inferiores, não póde faser obras de arte para o escoamento que peiorem a condição natural e anterior destes ultimos predios. O direito de construir se limita, em regra, no direito dos visinhos e nos regulamentos administrativos. Estes vedam, p. ex., construcções fóra do

alinhamento traçado. E nas cidades, villas e povoados, onde ha tal prescripção, o dono de um predio deve permittir que na parede divisoria deste (si ella aguentar), madeire o proprietario contiguo que o indemnisará, embora, nos termos da lei; aliás, o confinante que, construir em primeiro logar, tem direito a firmar a parede divisoria até meia espessura no terreno contiguo. Sem consentimento do visinho, não se pode faser janella, terraço, etc. (salvas as excepções da lei), a menos de uma certa distancia legal, ou outra qualquer obra que invada a area do predio visinho. Desde que seja indispensavel á reparação, limpesa, construcção ou reconstrucção de sua casa ou á limpesa ou reparação de apparelhos hygienicos, gotteiras, fontes, etc., não pode o proprietario ser impedido pelo visinho (previamente avisado e, si lhe sobrevier damno, indemnisado) de lhe entrar no predio e deste temporalramente usar...

A passagem forçada é outro limite ao direito do proprietario. Este, embora possa exigir indemnisação, ha de conceder o transito ao visinho, quando este se ache encravado, sem sahida pela via publica, fonte ou porto...

As restricções da propriedade ainda se accentuam na obrigação do proprietario em concorrer com o visinho nos trabalhos e despesas de determinação dos limites entre os predios. Os tapumes divisorios tambem são construidos e conservados a expensas communs; estes tapumes não podem contrariar as posturas municipaes; e, para os trabalhos de sua reparação, o proprietario de um dos predios pode, prevenindo o visinho (e indemnisando-o do damno que lhe causar), entrar no terreno deste.

O proprietario de um predio não pode impedir que o proprietario de outro predio corte, até ao plano vertical divisorio, as raises e ramos da arvore que ultrapassam a extrema do primeiro predio. Analogamente, ao proprietario da arvore não é licito o buscar os fructos que da mesma cairem em outro terreno de propriedade particular.

De um ponto de vista geral, a lei ainda preceitúa a responsabilidade do proprietario pelos damnos resultantes da ruina do seu predio ou construcção, quando esta ruina foi causada pela falta de reparos necessarios. Responsavel pelos damnos produsidos, tambem é o dono da casa, que a habitando, deixe della cairem coisas em logar indevido.

21 c.

A limitação do direito de propriedade resalta vivamente ainda, no caso do estado de necessidade, quando sob a pressão de um perigo imminente é licita a deterioração da coisa alheia. Analoga restricção, exercida agora pelo Estado, se verifica tambem, quando a este, em caso de perigo imminente como guerra ou commoção intestina, é licito o usar da propriedade particular até onde o bem publico o exija, garantida embora ao proprietario a indemnisação.

A lei ainda limita, de um certo modo, a propriedade, quando dá os fructos percebidos ao possuidor de bôa fé, que ainda tem o direito de retenção pelo valor das bemfeitorias necessarias e uteis, e o de levantar as voluptuarias não pagas quando tal levantamento não offender a coisa.

Em materia de propriedade litteraria, scientifica e artistica, muitos actos de reproducção, são permittidos, como, p. ex., a inserção integral de pequenas composições alheias no corpo de obra maior que tenha fim scientifico,

litterario, didactico ou religioso, indicada a origem de taes composições. O autor de composição musical sobre texto poetico, indemnisando o autor deste, pode usar e dispor daquella composição, independentemente de autorisação do escriptor. As cartas missivas podem ser juntas como documentos em actos judiciaes...

No condominio, o condomino usará da coisa, respeitando o interesse da communhão. Quando, em certo caso da lei, na propriedade litteraria os collaboradores têm direitos eguaes, ha dois limites, em sentido inverso: nenhum dos collaboradores pode, sem consentimento dos outros, reprodusir ou autorisar a reprodução da obra, mas, por sua vez, este direito de consentir não se faz mister quando o collaborador faz tal reproducção na collecção de suas obras completas.

A obrigação de prestar alimentos tambem equivale a uma limitação do direito de propriedade. O titular deste ha de gosar do seu bem, de modo a cumprir aquelle dever: na medida dos seus recursos e das necessidades de quem tenha o direito aos alimentos, ninguem se pode esquivar a esta utilisação dos seus bens. Sejam os alimentos na hypothese commum, sejam os provisionaes pedidos pela mulher depois de concedida a separação de corpos, seja a pensão alimenticia devida pelo marido á mulher innocente e pobre, seja a quota marcada ao conjuge culpado para a criação e sustento dos filhos, ou, em geral, ao conjuge a quem estes não couberem. A lei ainda preceitúa que o devedor de alimentos, embora não ratifique o acto da respectiva prestação que, por elle e em sua ausencia, foi feita por terceira pessôa, torna-se então responsavel perante esta. A mulher que sem justo motivo abandonou o lar e persiste neste afastamento, pode ter temporariamente sequestrada, em proveito do marido e filhos, parte dos seus rendimentos particulares.

Outros casos de limites da propriedade, se percebem: na obrigação do dono (salvo o direito a ser indemnisado) do predio serviente, em soffrer o excesso da servidão, imposto pelas necessidades da cultura do predio dominante; no preceito de que não se pode dar uma coisa em usofructo, senão temporariamente, ou em emphyteuse, senão perpetuamente; na prohibição de se dar em emphyteuse, coisa que não seja terreno a edificar-se ou terra não cultivada...

21 D.

E o livre uso e goso da propriedade ainda está sujeito á immensa serie de limitações que o Estado ou o Municipio prescreve em rasão de hygiene, aformoseamento ou segurança publica: um exemplo mui notorio é o da construcção de habitações; outro não menos eloquente seria o da prohibição do fabrico de bebidas alcoolicas...

O interesse da civilisação, guardado pelo Estado, na conservação dos objectos de certo valor artistico ou historico, tambem tira ao proprietario a illimitada faculdade de uso; taes objectos não poderão ser usados de modo prejudicial ao seu caracter.

A subordinação do uso e goso das florestas ás superiores regras limitadoras que o Estado edicta, é um justo preceito. Sabe-se, aliás, que a propriedade social das mattas é um dos salutares idéaes da nova consciencia juridica. JOÃO A. CORRÊA DE ARAÚJO, com a sciencia hodierna, disse, mui recentemente, que " o regime da tolerancia e do arbitrio neste assumpto deve ser substituido por formulas legislativas de caracter coercitivo que, harmonisando

os interesses publicos aos particulares . . . reservem as mattas que forem de utilidade publica, regulem o direito de cortar madeira para qualquer fim em florestas do dominio publico ou particular, obriguem a rearborisação dos terrenos devastados, imponham multas e penas no caso de delictos e contravenções perpretados contra as arvores, regulem o exercicio das pastagens, a venda de madeira, determinem as regras do uso e goso dos direitos florestaes"...

Os impostos, em geral, e, especialmente, os sobre a renda, tambem limitam evidentemente o goso da propriedade.

HAYEM nota que o actual e progressista movimento de protecção do trabalho se resolve frequentemente em restricções do direito de propriedade; os industriaes já não usam e gosam, como poderiam querer, das suas fabricas e capitaes: as suppressões de trabalhos nocturnos, o repouso hebdomadario, as indemnisações e seguros operarios . . trasem tal resultado.

22.

Limites não menos numerosos e vastos, senão mais decisivos ainda, se vêm quando a lei restringe ao proprietario o poder de disposição ou de defesa, ou lhe impõe, emfim, a perda da propriedade. Taes são os seguintes exemplos.

22 A.

Ao conjuge, sem consentimento do outro, é prohibido alienar, hypothecar ou gravar de onus real os bens immoveis ou direitos reaes sobre immoveis alheios, pleitear como autor ou réo acerca desses bens e direitos, prestar fiança e faser doação (não sendo remuneratoria ou

de pequeno valor) com os bens ou rendimentos communs. A mulher ainda não pode, sem autorisação marital, repudiar herança ou legado; e, quando lhe cabe a direcção e administração do casal (por estar o marido impossibilitado disto, nos casos da lei), carece ella de autorisação especial do juiz para alienar os immoveis communs e os do marido. Outras restricções relativamente aos conjuges, são as que lhes vedam o augmentar o dote na vigencia do casamento, ou prescrevem, salvas certas excepções, a inalienabilidade dos immoveis dotaes. Em materia de regime de bens, ha casos em que a lei prohibe a communhão, impondo a separação.

O prodigo não pode, sem curador, alienar, hypothecar, etc.

São diversas as doações ou os actos de transmissão gratuita de bens, que a lei prohibe ou não protege. Alem da doação, acima lembrada, do conjuge, podem se notar os seguintes casos: são annullaveis taes actos do devedor, quando já insolvente ou por elles redusido á insolvencia; não se permittem doações feitas ao outro conjuge pelo que casou infringindo certos impedimentos; são licitas, em regra, as doações antenupciaes, comtanto que não excedam á metade dos bens do conjuge doador; é nulla a doação de todos os bens, sem reserva de parte ou renda sufficiente para a subsistencia do doador; nulla é tambem a doação, quanto á parte que exceder á de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento; é annullavel a doação do conjuge adultero ao seu cumplice. Quando os paes fasem doação aos filhos, vem logo a lei regular tal disposição de bens, preceituando que isto importa adeantamento da legitima.

Um outro limite ao poder de disposição, está na

prohibição, pena de nullidade, da clausula que autorise o credor pignoraticio, antichretico ou hypothecario a ficar com o objecto da garantia, si a divida não for paga no vencimento.

A preferencia do condomino e a do emphyteuta, na alienação que da sua parte em coisa indivisivel ou do dominio directo, faça, respectivamente, outro condomino ou o senhorio, denunciam outras tantas restricções.

Note-se tambem a necessidade de consentimento, e consentimento expresso, dos outros descendentes, para que a descendentes possam vender ascendentes, ou entre estes e aquelles seja licita a troca de valores deseguaes.

22 B.

O testamento ha de ser sempre conforme á lei. E' prohibido o conjunctivo. E' nulla a disposição: que institúa herdeiro ou legatario, sob a condição captatoria de que este disponha tambem por testamento, em beneficio do testador ou de terceiro; que se refira a pessôa incerta, cuja identidade se não possa averiguar; que favoreça a pessôa incerta, commettendo a determinação de sua identidade a terceiro; que deixe a arbitrio do herdeiro ou de outrem, fixar o valor ao legado; que beneficie algum incapaz de adquirir por testamento, mesmo quando se use a simulação de contracto oneroso ou o expediente de interposta pessôa.

Nesta materia de disposição de bens por testamento, a grande restricção é a da liberdade de testar, limite este que, na observação de CLOVIS, é um dos reclamos da socialisação do Direito. O testador que, tendo descendente ou ascendente successivel, dispõe, comtudo, de mais da metade de seus bens, terá, nos termos da lei,

as suas disposições que excederem á metade disponivel redusidas aos limites desta. A lei ordena ainda a ruptura do testamento, si feito na ignorancia de haver descendente successivel ou antes deste existir, e si tal herdeiro sobreviver ao testador; rompe-se tambem o testamento, si o testador, quando o fez, não sabia que ainda vivia ascendente — seu herdeiro necessario. Si a lei permitte ao pae partilhar seus bens, por acto entre vivos ou de ultima vontade, logo o adverte, porem, de que não pode prejudicar a legitima dos herdeiros necessarios.

Outros casos de limites á livre faculdade de dispor, se notam na prohibição de se renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo, e, no direito dos credores do renunciante em acceitar, por este, a herança, cuja renuncia os prejudicou.

22 C.

Lembre-se ainda aquelle outro caso de limitação do livre poder de dispor, quando é prohibida a sahida, para paiz extrangeiro, de certos objectos de arte.

23.

Ha casos em que o proprietario soffre, contra a sua vontade ou, pelo menos, sem que a lei espere a sua annuencia, a perda do objecto do seu direito. Lembremo-nos de alguns destes casos.

23 A.

No estado de necessidade, afim de remover perigo imminente, é licito destruir a coisa alheia.

O ausente, a quem, nos termos da lei, se abriu a successão, soffre, quando esta é a provisoria, a conversão

dos bens moveis, sujeitos a deterioração ou a extravio, em immoveis ou titulos da divida publica, e até, quando convenha, a conversão dos immoveis em taes titulos; taes conversões serão em beneficio do proprio ausente, mas a perda da coisa se dá, e ... quantas veses haverá em que para o dono seja insubstituivel a coisa, em que, pelos outros ignorado o valor de affeição desta, o considerado ausente desejaria conserva-la até que elle ou ella cessasse naturalmente de existir? Na sua successão definitiva, o ausente, si regressar até certo tempo, não terá direito, comtudo, senão aos bens existentes no estado em que se acharem, aos subrogados em seu logar, ou ao preço recebido pela sua alienação; si o ausente não regressar até aquelle certo tempo, e, não obstante nenhum interessado haver promovido a successão definitiva, não se espera mais pelo ausente, passando então ao Estado a plena propriedade dos bens arrecadados.

O proprietario, prejudicado com a avulsão, mesmo quando reclame dentro do praso legal (extincto o qual, perde o antigo dono o seu direito), está ainda sujeito á opção do dono do predio a que se juntou a porção de terra desprendida, proprietario este que pode ficar com a parte accrescida, indemnisando o reclamante.

Perde a sua propriedade e não tem direito a indemnisação, o dono da faixa de terreno tornada o novo leito do rio publico que mudou de curso.

O dono de sementes, plantas ou materiaes incorporados, por elle ou por outrem, em terreno alheio, perde a sua propriedade, embora seja indemnisado nos casos da lei.

O usucapião equivale a uma perda de propriedade para o proprietario contra quem elle se forma.

No direito apenas á metade do thesoiro, nos termos da lei, o proprietario do predio tem, de um certo modo, limitada a sua propriedade: é que esta, pela regra, deveria abranger a do que se contivesse no predio ou lhe estivesse superior ou inferior até onde chegasse o interesse do proprietario; é que esta regra já ter-lhe-ia dado a propriedade em estado latente ou potencial, por assim diser, do thesoiro.

Na especificação, quando a lei confere a especie nova ao especificador (sobretudo no caso do especificador de má fé, com obra consideravelmente mais valiosa do que a materia prima), o proprietario da materia prima, perde-a, embora seja indemnisado. Quando a confusão resulta em especie nova, esta, como si se tratasse de especificação, é conferida ao respectivo autor. Neste ponto de confusão, commistão e adjuncção, é de notar-se tambem que si uma das coisas pode considerar-se principal, o dono o é do todo, indemnisando os outros, e que si na confusão, etc., houve má fé, a parte de bôa fé pode guardar o todo, pagando o que não era seu.

Quando a lei dá ao proprietario direito a meação na obra divisoria — parede, cerca, muro, valla ou vallado — do visinho, este, embora pago devidamente, soffre uma evidente limitação ao seu direito de propriedade.

Uma grave limitação é posta pela lei, quando fixa o praso de duração do direito de propriedade litteraria, scientifica e artistica.

Quando usa o doador do seu direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatario, nós vemos um outro caso de perda forçada que limita o direito de propriedade.

Depois de um certo tempo, os bens vaccantes se

incorporam ao dominio do Estado. E' uma propriedade que deixa de ser individual, isto é, que soffre, aqui, o grande limite do direito do Estado.

23 B.

Recordem-se, emfim, os casos de desapropriação. São as limitações que, frequentemente, mais impressionam os estudiosos da materia. Já se reclama que a desapropriação se não faça apenas pela classica necessidade publica, mas tambem pela necessidade de um particular, quando esta representa um interesse social, como nos melhoramentos agrarios ou industriaes; desapropriação esta — em beneficio de pessôa privada — que, no diser de IHERING, afasta a derradeira duvida que ainda subsista sobre a theoria social da propriedade. Quanto á extensão moderna do proprio principio de necessidade ou utilidade publica, ha, p. ex., o caso recente dos Tratados de Versailles e St. Germain, nas suas autorisações ás Potencias alliadas ou associadas para a liquidação dos bens dos subditos inimigos (ASCOLI, SAUVAIRE-JOURDAN, BOURGEOIS). Aliás, já não repugna descobrir em grande numero das outras limitações ao direito de propriedade, verdadeiros casos de desapropriação que apenas toma formas indirectas, disfarçando-se ou se attenuando (HAYEM, CHARMONT).

24.

Entendida a propriedade, como um facto pratico e real, isto é, entendida independente de convencionalismos theoricos que lhe possam obscurecer o significado economico, é possivel ainda se lhe observarem casos de limitação que talvez se considerem indirectos ou menos apparentes, mas que nem por isto são illusorios.

São situações juridicas que redundam em um effectivo ou eventual prejuiso economico para o proprietario que, em rasão da lei, ou não poderá readquirir ou não poderá deixar de receber um valor economico, ou terá seus bens ameaçados, ou soffrerá de outra forma alguma restricção ao seu poder sobre o que é *seu*.

Assim, p. ex.: a prohibição de rehaver o que se deu para consecução de fim illicito, ou o que se pagou para solução de obrigação natural, divida prescripta e divida de jogo ou aposta, ou o que se emprestou para jogo ou aposta no acto de apostar ou jogar, ou o mutuo feito a menor não autorisado, ou o que se pagou em reparação do damno causado por descendente, ou o que se pagou por uma obrigação annullada a um incapaz (salvo em um certo caso)...; a annullabilidade da remissão de divida, si o credor já esteja insolvente ou com isto se torne em tal estado; os casos de hypotheca ou penhor legal; a necessidade que tem, de prestar garantia hypothecaria ou pignoraticia, aquelle que tiver direito á posse provisoria dos bens do ausente, si quiser ser immittido em tal posse; os casos em que, si, depois de concluido o contracto bilateral, sobrevier a um dos contractantes diminuição em seu patrimonio, capaz de faser duvidosa a sua prestação, pode o outro contraente — incumbido de faser prestação em primeiro logar — recusar-se a esta, até que o outro dê garantia bastante de satisfaser a que lhe cumpre; a sujeição em que ficam os bens do responsavel por acto illicito, para a reparação do damno causado; a presumpção de fraude, na garantia real dada pelo devedor insolvente, a algum dos credores; a obrigação dos descendentes de traser á collação as doações ou dotes recebidos em vida do ascendente...

25.

Outros muitos limites ainda se poderiam mostrar, si attentassemos na vasta serie daquelles trasidos mais ou menos directamente pela propria vontade do proprietario. Tal apresentação é, porem, dispensavel, porque estas limitações, conforme á advertencia de CIMBALI, podem ser invocadas justamente como provas da liberdade de acção do proprietario.

Vale, comtudo, observar que muitas dessas restricções (haja vista os direitos reaes sobre coisa alheia, taes a hypotheca e o penhor) da maior importancia e frequencia, são, em verdade, *impostas* veses muitas pelas necessidades da vida, que, ainda convulsionada por uma concorrencia individualista, não deixa aos proprietarios (maximé aos pequenos), na lucta delles entre si, senão uma sombra de liberdade.

26.

Parece que os exemplos de limitação da propriedade, apontados nesta facil revista, já permittem a consciencia clara da situação hodierna.

Observe-se a realidade economica, a existencia de facto, a feição pratica da propriedade, e ver-se-á que, em todos os exemplos lembrados, ha sempre algo que importa uma impossibilidade ou uma restricta possibilidade de adquirir, usar ou alienar uma coisa ou um valor, ou que importa um risco de perda ou a perda effectiva destes bens. CHARMONT, havendo notado o estado actual da propriedade, concluio com a affirmação explicita de que, "assim, a cada instante, a liberdade do proprietario é entravada pela necessidade de pedir uma autorisação ou attender a uma prohibição".

Mas, a que finalidade se dirige ou deve dirigir-se a limitação da propriedade, ou que principio existe que explica a persistencia desse facto dos limites?

Propriedade — funcção social

Conclusão

37.

A ideia e a lei do limite da propriedade têm a sua explicação e o seu fim na noção e no facto da *propriedade — funcção social.*

Esta concepção já translusio neste modesto bosquejo de these, e, agora, é apenas recordada mais destacadamente, para o natural e rapido fecho do estudo, visto como, na observação de COSENTINI, p. ex., é preciso fazer evidente a funcção social da propriedade afim de se ter o exacto entendimento deste direito e de seus limites.

Retomando, assim, os principios geraes até aqui expostos, é possivel uma approximação, ao menos, de tal entendimento, ou uma comprehensão ainda mais synthetica do nosso thema.

Aquella concepção significa uma necessidade a satisfaser, uma norma a seguir, um ideal a attingir. Ella deve ser, nesta materia, o summo principio de critica, de interpretação e de construcção.

28.

E' como funcção social que a propriedade evidencía a sua maxima importancia.

Então se revela o seu verdadeiro valor, sendo ella estimada pela satisfação que dá á necessidade da subsistencia geral. Por servir a este destino a propriedade, é que já se observa que o seu valor se transforma, deixando ella de valer tanto em si mesma, substituida como váe sendo pelo simples direito de goso. ZINI assignalou esta tendencia da nova civilisação óra incipiente, mostrando como "la proprietà e il godimento si dissociano e quest' ultimo diventa il fatto principale mentre la prima passa in seconda linea"; o bem estar que nos é trasido pela somma dos objectos de nossa *propriedade,* é muito menor do que o bem estar conseguido com todas as outras coisas que utilisamos em um simples direito de goso; e neste ultimo caso, quando fosse possivel a apropriação, o bem estar nem sempre augmentaria. A grande importancia da propriedade não é portanto a de um poder exclusivo do individuo, mas a de um bem geral da sociedade; não é portanto a de um direito individual, mas a de uma funcção social.

29.

A consciencia desta funcção já se vem perfasendo com segurança. E não só nos espiritos de eleição, mas tambem na alma da vasta collectividade. Si a esta ainda

falta a claresa da representação intellectual, não falta, porem, a firmesa de uma intuição, de um sentimento profundo. Sente-se a necessidade da adaptação social da propriedade — o que significa uma limitação deste direito quando conferido ao individuo.

O Estado moderno, por sua vez, não tem escrupulo de consciencia quanto ao seu poder de regulamentar e intervir na propriedade privada: tal poder "é da natureza mesma do Estado" e "uma das funcções principaes da sociedade politica" (WILSON).

30.

Em perdendo a sua damnosa organisação egoistica e passando a ser uma consagração do trabalho, a propriedade receberá a sua formula altruistica na sua funcção social.

Esta será uma projecção economica da nova vida social. E será a bem regulada funcção nutritiva do novo organismo da sociedade.

Ella, por isto que visa realmente a subsistencia collectiva, quer attender áquelle reclamo de que, primeiro, se satisfaça um certo minimo indispensavel a todos. Ella se destina a ser uma justa proporção no tratamento das desegualdades humanas.

31.

A propriedade em seu typo tradicional poude ser considerada a synthese dos direitos individuaes (DUGUIT). Urge que seja possivel aponta-la como a expressão synthetica da affirmação juridico-social da personalidade.

A funcção social da propriedade é que permittirá isto. Ella dará a manifestação mais tangivel da justa e real liberdade. Sem ella é impossivel a felicidade do individuo em meio da felicidade de todos.

32.

O problema da propriedade, apresentado ao Direito, vae tendo a sua solução preparada por este no processo da limitação, que deve procurar realisar na propriedade antes um dever social do que um direito individual.

Este dever que limita conceitualmente o direito de propriedade, é a funcção social desta. A licção da sciencia neste ponto, ensina que a propriedade deve animar-se desse caracter funccional, e que, na medida em que de tal destino humano se afasta aquelle direito, deve elle soffrer a limitação.

Tendo em vista esta naturesa social do limite, é que, p. ex., MENGER accusa a insufficiencia da limitação hodierna. Si é verdade que esta (como faz notar F. DIAZ, quanto á propriedade da terra) já vae, em diversos casos, tendendo para uma "especie de socialisação do direito", comtudo não ha negar que a grande maioria das restricções redunda apenas em beneficio dos capitalistas ou proprietarios. São relações entre elles, são cautelas para utilidade dos mesmos...

E quando o Estado, em nome da sociedade e declarando visar directamente o interesse publico, limita o poder dos proprietarios, estes, em definitiva, é que vêm, com os dirigentes, a personificar tal interesse social, recebendo a melhor e mor parte das vantagens do Estado. Em regra, a grande massa proletaria resta extranha ao aproveitamento destas vantagens; ella ou gosa mui indirectamente, ou apenas apanha as sobras.

Aqui é um ponto onde bem se conhece o socialis-

mo juridico entre os outros systemas de Direito: Não se requer a limitação para augmentar o poder do Estado ou para diminuir o do individuo; nisto não haveria uma verdadeira finalidade *humana*, mas haveria somente uma substituição de idolo; o que se reclama é o bem geral, é o contentamento das necessidades de todos, assim dos capitalistas e proprietarios como dos proletarios e trabalhadores. Si a voz se alteia, quando se fala em favor dos desafortunados, dos fracos, é que estes são evidentemente os mais necessitados, merecendo portanto as primeiras e as principaes attenções.

33.

E' digno, assim, de meditação o ensinamento de MENGER, quando proclama que " a propriedade é um conceito eterno, que jamais desapparecerá completamente da vida social da humanidade ", porem que ha de transformar-se em prol dos desgraçados, em prol do bem estar de todos os homens.

Aspira-se hoje esta mudança, a funcção social da propriedade, este novo cyclo da instituição.

34.

O supremo principio da harmonia ou coordenação das forças ou factos particulares, tem sua formula civilisadora, em materia de propriedade, na funcção social desta. Em tal funcção, a propriedade, servindo a cada um dos individuos, serve a todos e á sociedade.

IHERING recorda ao proprietario que a sociedade quando lhe restringe, a este, o seu direito, age assim para ella como para elle.

Em verdade, quando se objectivasse a propriedade

— funcção social, ter-se-ia resolvido a difficuldade mais profunda e sensivel do problema da Justiça. Si tal solução, em sua inteiresa, nos apparece em um desses futuros, cuja incertesa se confunde ás veses com as da utopia, não é isto rasão para afasta-la dos nossos planos e trabalhos. Ella tem, ao menos, toda a virtude de um ideal regenerador.

35.

O direito de propriedade — uma das questões basicas da Civilisação — deve ter aperfeiçoado ou transformado, no sentido de sua funcção social, o seu processo historico de limitação.

CONTRACTO DE TRABALHO

"Le travail deviendra ainsi le centre de gravitation de toute la vie juridique" (COSENTINI).

..."il giurista deve evitare le astrazioni di un infecondo costruzionismo, studiando questo fenomeno (del lavoro retribuito) cosí come vive nella vita, nella sua struttura economica, nella sua funzione sociologica. E questa è la difficoltá massima di uno studio del contratto di lavoro" (BARASSI).

I

Trabalho e Civilisação

1.

EM verdade, o homem vive de trabalho e amor. E' o homem creador. Não sei de civilisação que se não resolva nestes dois principios. Bem ou mal attendidas pelos individuos ou povos, estas forças lhes foram sempre e sempre serão a segurança intima e inabalavel de todo alevantamento valioso. Que é a solidariedade — principio ou força suprema da vida social — senão a combinação feliz daquelles dois elementos?

E o momento historico se anima, em generoso impulso, de tal convicção. Parece que a humanidade teve melhor entendimento da sua contingencia e do seu dever no planeta. O amor — caridade, altruismo, solidariedade (como o queiram chamar em seu aspecto social)... — já tem, ha muito tempo, proclamados os seus merecimentos e a sua necessidade. Agora é a vez de egual justiça ao

outro fundamento das sociedades (1) "As duas funcções
mais sagradas do ser humano"— confessou PROUDHON (2)
E eis — já se ouve dizer que si a primeira manifestação
do poder humano é amar, elle — homem — vem com o
trabalho a se exceder, a si mesmo, a tornar-se super-
homem (HANOTAUX)...

Ha um anceio premente, como poucos jamais se
soffreram, pelo gravar o novo capitulo da Historia : a re-
dempção do Trabalho. Não ha desconhecer tão ineluta-
vel determinismo. E' vir-lhe ao encontro, pelo bem
commum, com sabia prudencia e sã cordialidade, em pro-
curando a integração reciproca dos interesses diversos.
E, assim, o dominador de hoje se não arriscará a ouvir
amanhan algum barbaro "*Væ victis!*" Sejam as cons-
ciencias saturadas da noção de que todos nós somos ou
devemos ser *trabalhadores*, (3) haja na Terra bôa vontade,
e *todas as vistas terão* — desanuviados — novos horison-
tes, e, *mais tarde*, o Trabalho redimido salvará as gentes.
Visão longinqua, não deixa por isto de exercer uma effi-
cacissima e proxima acção pratica, como poderosissima
força de attracção que é. Aliás, si o trabalho é Força,
bem haja a força de Ideal sem a qual se não compre-
hende a perfeita incarnação do ideal de Força. (4)

---

(1) "O trabalho é a medida de vitalidade de uma sociedade"
(BOCHARD).

(2) *Apud* GUY-GRAND.

(3) A sociedade é uma associação de trabalhadores (MAZZINI, *apud* BARASSI), pois que trabalhadores são todos os que agem por effeituar os fins da sociedade (IHERING). E, hoje, este sentimento de pertencer á grande e variadissima categoria dos productores, está arraigado devéras na consciencia dos povos, principalmente daquelles povos — taes os inglezes e os americanos — que mais sabiamente representam as tendencias e a indole da nossa Edade (ZINI).

(4) "Trabalhar — é realisar um ideal" (HANOTAUX).

2.

Longo, o periodo de avilitamento e falsa interpre-
tação do trabalho. Despresado dos individuos "supe-
riores", e como que ignorante, elle mesmo, do seu valor,
foi o lavor humano — o precipuamente muscular — deixado
aos escravos e servos. As obras prevalentemente intelle-
ctuaes é que eram nobres, nem pagamento podiam ter.
Foi a velha e aristocratica distincção entre "*operæ illibe-
rales*" e "*operæ liberales*". O menospreso ao trabalho
material subordinado, que lembrava a relação servil (BA-
RASSI). Participam desta concepção grosseira do trabalho
e esta injustiça praticam, assim os povos como os indi-
viduos de civilisação apoucada (IHERING) ou perverti-
da. (5)

A evolução foi mais favoravel ao trabalho princi-
palmente intellectual que até conseguio logo accommodar
a sua honorabilidade com a acceitação dos "*honorarios*"...
O trabalho prevalentemente muscular veio depois, já no-

---

(5) E' realmente impressionante e penoso ver como o trabalho manual não faltava ao destino de prover á subsistencia da vida social, emquanto lhe éra negada a dignidade a que tinha direito. "Elle esteve sempre", diz GUY-GRAND, "no infimo grão da escala, aviltado e esmagado — triste Atlas humano carregando um mundo de orgulho e refinamento".

Si houve exemplos, na antiguidade, de trabalho livre, quando subordinado e prevalentemente muscular (e exemplos até de associações obreras), foram taes factos, porem, excepções de apoucada significação ou influencia naquella civilisação. (CORRADI).

E' de notar todavia como, na antiguidade, entre os Hebreus, não éra desestimado, mas antes *abençoado* o trabalho. Lá, éra livre e remunerado o trabalhador hebreu, e quando este se alugava como mercenario (sakir), o vinculo não podia durar mais de seis annos e éra moralmente respeitado. Recorde-se ainda a famosa "trilogia social" da Biblia. (TONIOLO).

bilitado pelo Christianismo, (1) a conseguir sua rehabilitação por causa, sobretudo, da extincção do trabalho servil, do estabelecimento da grande industria e do progressivo movimento de associação da classe obreira que trouxe para esta, influencia politica, potencia e prestigio social e até u'a moral profissional; no seu desenvolvimento, o syndicalismo chegou mesmo, em certa feição doutrinaria dos ultimos tempos, a desconhecer, por sua vez, o caracter de productor no trabalho prevalentemente intellectual. (1) Hoje, porem, caidos os excessos perniciosos de um e outro lado, é vencedor o conceito uno do trabalho — sempre meritoria manifestação de vida, de esforço, de

---

(1) O prof. BARASSI assevera que o primeiro e mais poderoso impulso veio do christianismo, e mostra como a Egreja nobilitou efficazmente o trabalho: "ligia al precetto evangelico — "tu mangerai il pane col sudore della tua fronte" — proclamò guadagno lecito solo quello ottenuto mercè il lavoro".

O Apostolo das Gentes exprime-se em termos radicaes. Elle conta como trabalha e trabalha muito, para dar exemplo: "ut nosmetipsos formam daremus vobis ad imitandum nos". E que não desdenha o trabalho manual: "et laboramus operantes manibus nostris". E o texto incisivo e celebre: "si quis non vult operari, nec manducet". O direito do goso é subordinado ao dever do trabalho. "A quem não quer trabalhar não é licito comer" (Compare-se isto com o asserto moderno feito, p. ex., por COLAJANNI: "Na sociedade futura, o maximo progresso será talvez o considerar *criminosos* os que consummirem e não produsirem").

Um outro texto da Egreja primitiva, é invocado por ZINI: "Quem não trabalha não tem direito a sentar-se á mesa commum. Trabalhae todos, ó jovens christãos"...

O chamado "catholicismo social," em seu moderno desenvolvimento doutrinario e pratico, tem como o primeiro entre os seus caracteres preeminentes, a concepção da eminente dignidade do trabalho e do trabalhador (MAX TURMANN).

(1) GUY-GRAND critica este erro, e defende a doutrina — conforme ao "amplo idealismo operario" — pela qual o criterio, nesta materia, deve ser caracteristicamente psycologico, isto é, deve-se estimar como productor quem quer que infunda seu espirito, "sua vida interior," no seu trabalho, intellectual ou material; e deste modo considera não — productores, assim os que não trabalham absolutamente, como os que, embora "ligados exteriormente á industria", não se interessam pelo seu trabalho ou o fazem sem reflexão ou não buscam embellesa-lo.

alma, seja elle material ou intellectual (1). Aliás, em apurado falar, já se não diz trabalho manual ou immaterial, mas trabalho *prevalentemente* muscular ou intellectual, pois que ha sempre uma interdependencia funccional de factos espirituaes e materiaes no effeituar-se de qualquer lavor humano. E' a concepção superior do trabalho como funcção e complemento da harmonia vital. Este relevar-se do trabalho é uma conquista moderna e um signal dos tempos.

3.

Eis o elemento especifico da nova Ordem social. O mundo hodierno é todo cheio da ideia e do facto do trabalho. Os predominantes interesses individuaes e collectivos gyram em torno daquelle "verdadeiro pivot da Democracia" (HANOTAUX). Condição basica de vida para a sociedade (IHERING), o Trabalho, consciente de suas virtudes e energias, ascende para sua redempção que tambem é a daquella vida, reclamando do Direito a segurança e a regra superior. E' a grande commoção juridica da nossa Edade. E o direito, a pouco e pouco, se renova pelo e para o Trabalho... Valorisado economica, intellectual e moralmente, "le travail deviendra ainsi le centre de gravitation de toute la vie juridique; il transformera les institutions économico — juridiques qui s'y rapportent, en sauvegardant les conditions qui lui permettent le mieux de progrésser et de prospérer" (COSENTINI).

---

(1) O prof. CLOVIS BEVILAQUA, defendendo o seu Projecto de Codigo Civil, precisa a incompatibilidade da distincção entre "operæ liberales" e "illiberales" — "forma residuaria, um resquicio da condição servil" — com a civilisação democratica actual, onde o trabalho "deve ser considerado nobilitante em todas as suas formas".

II

Civilisação e contracto

4.

Caracterisando-se com ser visceralmente social a
transmutação juridica, hoje em esboço, é de ver que o
movimento converge primeiramente para os institutos re-
lacionados com os interesses mais essenciaes e de recla-
mos mais frequentes na vida social. E um instituto existe
que é a pedra de tóque da organisação juridico-social e
que dá a medida dos inconvenientes e vantagens desta.
E' o contracto. Surgido com as primeiras relações entre
os homens, desempenha valiosissima funcção social, sendo,
como é, expressão de necessidades, poderes e moralidade,
assim dos individuos como das entidades collectivas — fa-
milia, grupo, sociedade, Estado . . .

Dando meios e garantias juridicas para contenta-
mento da necessidade que primeiro se impoz e que é a
mais urgente e repetida — a reciproca prestação de servi-
ços, o escambo de utilidades —, realisa o contracto o pri-

mordial e precipuo aspecto da sua funcção social. CIM-
BALI nos mostrou bellamente como o contracto representa
" la più alta espressione di un sentito e profondo bisogno
dell' umana convivenza ", e como " la causa e la giustifi-
cazione razionale " d' aquella funcção do contracto estão
" nella necessità suprema di provvedere, mediante lo scam-
bio e ricambio dei servizi, così alla sussistenza e allo svi-
luppo dell' organismo umano individuale come alla sussis-
tenza e allo sviluppo dell' organismo sociale ".

Que seja o contracto manifestação theorica dos po-
deres abstractos (dados na lei), e, sobretudo, manifesta-
ção pratica dos poderes concretos dos individuos ou col-
lectividades, é evidente. A sua estipulação é condicionada
em um problema de força, de poder : poder do contrac-
tante para propor ou acceitar, isto é, para influir no ac-
cordo, e, poder do Estado limitador dos poderes dos
contraentes. Apresenta, assim, o contracto a medida das
forças em jogo na dynamica social, e dá, então, a conhe-
cer as desegualdades entre os homens e entre as classes,
o caracter da acção do Estado, e d' ahi . . . os excessos
a cohibir, as deficiencias a preencher, o equilibrio a fir-
mar.

E' ainda o contracto signal de moralidade, quando,
pela relação que tenha havido entre — de um lado — as
necessidades justas e os *poderes* reaes (concretos) dos
contractantes, e — do outro lado — a maior ou menor sa-
tisfacção de umas e actuação de outros, permitte aferir a
equidade ou iniquidade do proceder dos mesmos contra-
entes. Não é exemplo frisante para observação desta
marca de moralidade, a convenção entre o rico e o po-
bre, quando este, tendo realmente muito menos poder do
que careceria para curar de sua grande e justa necessi-

dade, é, comtudo, jungido *na pratica* aos dictames do outro contraente que tem minima a justa necessidade de firmar tal estipulação para a qual, porem, dispõe do maximo poder? O contracto, em tal situação, se reduz a um simples ponto de moral do contractante afortunado.

5.

Constata-se desde logo, dispensada maior analyse, como vive o contracto a vida intima e grave dos individuos e da collectividade, e como segue a sorte de uma e outros, a responder-lhes ás necessidades primordiaes, a ser-lhes objectivação dos poderes que verdadeiramente têm, a reflectir-lhes a disposição moral, a encaminhar, favorecer e garantir-lhes, portanto, as tendencias, bôas ou *más*.

Como duvidar, então, que os contractos — obrigações civis — devam "necessariamente estar sujeitos a um continuo e gradual processo de transformação na medida constante em que se transformam as altas manifestações da vida geral" (CIMBALI) ?

E, talvez, jamais tenha funccionado o contracto, acarretando (no sentido indicado) consequencias tão sérias, como na Ordem social ainda vigente. O prof. MENGER, dissecando o actual systema juridico e pondo attenção, em particular, sobre o regime contractual, aponta a este como o traço definidor, por excellencia, de toda a falsa democracia ora corrente.

Impõe-se portanto, antes de tudo, o contracto ao exame do jurista, desde que se trate da renovação social do Direito. E' o voto dos espiritos de escól que labutam pelo progresso juridico e bem estar humano. Assim, Co-

SENTINI, (1) pensando que no porvindouro periodo do Direito, quando se attenderem as exigencias da solidariedade e utilidade sociaes, deverão ser os contractos e as obrigações os institutos a transformar primeiramente. E, no mesmo sentido, GALIZIA, que "in questo [illegible] e [illegible] movimento di rinnovazione giuridica" vê como "era naturale che fosse più di tutte coinvolta la sfera contrattuale".

---

(1) Insperado naquelle professor de Vienna, para quem "o Estado popular do trabalho, si quiser fazer obra não condemnada previamente a desapparecer, não poderá esquivar-se á obrigação de refundir radicalmente o regime dos contractos". Aliás, em tal reforma "não haverá propriamente uma creação de tudo nova, pois que os germens das futuras instituições existem encobertos nas formas juridicas actuaes".

III

Contracto de trabalho
Seu relevo na pratica social

6.

Todos os factos, de importancia immensa, até aqui summariamente apreciados — a rehabilitação do trabalho, a renovação economico-social do Direito, a funcção social do contracto — vieram como presupposto logico para a apresentação de um typo de contracto: o contracto de trabalho. Sendo o trabalho o magno factor e objecto da moderna transformação juridica, e levantando-se o contracto, pela sua altissima funcção social, em primeiro logar neste movimento de reforma, já se impõe, somente por este raciocinio, o contracto de trabalho ao zelo maximo do jurista.

Presente-se logo o quanto está elle — contracto de trabalho — ligado aos substanciaes problemas acenados, e o quanto opportuna e indispensavel, porem difficil, é a sua elaboração scientifica. Sobre o methodo desta elabo-

ração e sobre a "difficuldade maxima de um estudo do contracto de trabalho", é que veio a lição de BARASSI, a ensinar que "*o jurista* (1) deve evitar "le astrazioni di un infecondo costruzionismo," devendo estudar o facto do trabalho remunerado "*così come vive nella vita, nella sua struttura economica, nella sua funzione sociologica*".

7.

A melhor attenção do jurista não é, porem, solicitada apenas pela virtude do simples raciocinio feito acima. Ella é despertada e agitada ao contacto ardente da pratica social do contracto do trabalho. Toda a humanidade estipula este contracto e quasi toda vive delle. ABEL ANDRADE diz que tal contracto, mormente em sua feição de serviço salariado, é eminentemente social, porque alimenta 96 % da familia humana. Si é talvez gratuita esta fixação da percentagem, facto irretorquivel é, porem, a directa dependencia em que do contracto de trabalho está quasi toda "a familia humana". A parte minima, restante, dos que lucram o pão sem o suor da fronte ou a commoção do cerebro, por isto mesmo que não trabalham (no sentido de se não constituirem devedores de trabalho em o nosso typo de contracto), vivem do labor dos outros, isto é, estipulam, a cada passo, embora como credores de trabalho, o contracto em exame.

Si a saliencia inconfundivel do contracto de trabalho é obra moderna, as origens delle, nos seus elementos irreductiveis, se vão traçar, porem, com a genese do phenomeno geral — o contracto. Quando o homem careceu do primeiro auxilio de seu semelhante, despontou o con-

---

(1) Aqui a advertencia é principalmente ao "civilista".

tracto (CIMBALI), quando este auxilio foi um serviço, appareceu o contracto de trabalho (BARASSI).

Em principio, durante o multi-secular periodo de envilecimento do trabalho subordinado prevalentemente muscular, comprehende-se facilmente como não fosse possivel a existencia do contracto de trabalho tal como é entendida em nossos tempos. Despresado o conteúdo e elemento vivificador, o contracto, de certo, mal poderia conceber-se.

E, depois, emquanto as relações do trabalho foram de naturesa caracteristicamente hierarchica e moral, havendo sido feita a sua evolução no prolongamento do lar á officina; até quando se não presuppoz o decisivo aspecto economico naquellas relações, e (ao menos — abstractamente na lei) a egualdade das partes contractantes, o contracto de trabalho, em rigor, não existio com aquellas qualidades que o fasem hoje uma figura tão interessante.

A grande importancia de tal contracto na pratica social, começa propriamente com o advento da Edade Contemporanea, instaurado o liberalismo economico-juridico. GALIZIA lembra como a regulamentação minuciosa com que o regime corporativistico condicionou as relações de trabalho, explica como "verdadeiro contracto de trabalho não existisse nem fosse logicamente possivel"; este contracto surgio verdadeiramente com "a affirmação do principio da liberdade do trabalho, fecundo resultado da Revolução Francesa". Surge o typo de *contracto individual* de trabalho. RICHARD marca mesmo o dia 17 de Março de 1791, dia da promulgação da lei que abolio as corporações e proclamou a liberdade de industria e trabalho, como a data de origem (ao menos quanto á França) deste contracto individual.

IV

Formas de contracto de trabalho na pratica social:

a) contracto individual

8.

Esta é a forma classica do contracto de trabalho, forma que se modela sobre o direito commum, e vae rotulada com os diseres legaes de liberdade individual e egualdade juridica dos contractantes.

Foi assim, por excellencia, na pequena industria. E ainda na hodierna grande industria, se encontra tal feição, embora já desmoralisada. Neste contracto, o trabalhador estipula com o patrão, um em frente do outro, cada um entregue ás suas proprias necessidades, forças e moralidade. Si com esta forma de contracto appareceu a grande industria, tambem com ella veio a questão operaria. MENGER, examinando o contracto de trabalho, onde a liberdade do proletario é apenas apparente, nota ter sid

principalmente tal contracto aquillo que servio de ponto de partida para o movimento social presente.

9.

Recordem-se os estudos criteriosos e batidos sobre observações directas e pessoaes, com que BUREAU descreve a instabilidade das relações entre patrões e trabalhadores, na grande industria, sob o regime do contracto individual de trabalho, que favorece a má execução reciproca da convenção, torna impossivel a paz social e acarreta a miseria dos salariados.

As duas condições essenciaes para a efficacia e segurança de todo contracto, onde ha prestações reciprocas, direitos e deveres assim de uma como de outra parte a se entrosarem, são a nitida determinação destas obrigações e vantagens, e a possibilidade de um "controle" *sobre a execução das prestações.* Entretanto, demonstra *este A., na pratica do contracto individual de trabalho, taes condições se não realisam.*

Quanto á primeira condição: Por um lado, os direitos e deveres reciprocos são deixados habitualmente em *uma incertesa prejudicialissima* ao aperfeiçoamento dos trabalhadores e á harmonia no estabelecimento industrial; *por outro lado* — como exigir do operario isolado e abandonado ás suas necessidades e (em regra) á sua ignorancia, que venha, no contracto, a fixar em analyse propicia as suas relações com o patrão? E' o methodo antigo de *familiarismo* da pequena loja de trabalho, onde o patrão se excusava de estipular por menor as suas relações com os operarios, porque elle se tinha como obrigado e com direito até á educação moral destes, que, por sua vez, se confiavam filialmente nelle . . . A applicação,

que a pratica do contracto individual permitte, de tal methodo, nos tempos correntes — de extremada concurrencia e esvaimento do espirito de familia — haveria de conduzir certamente, como tem conduzido, ás mais lamentaveis consequencias.

Quanto á segunda condição indicada para a perfeição pratica de um contracto synallagmatico, isto é, o "controle" reciproco efficaz sobre a execução das prestações, averigua-se como não só o operario fica á mercê dos abusos do patrão (e é a regra triste), como este mesmo, em muitas veses, não terá meios de evitar a cavillosa prestação do primeiro. Isolados os contractantes em meio da concurrencia implacavel, um em frente ao outro, com os respectivos direitos indeterminados, isto é, em estado de verdadeiros antagonismos latentes, e ambos sem o poder de proveitosamente fiscalisar, um ao outro, "chacun cherche à se rattraper et a compenser les pertes qu' il subit en enfligeant d' autres à son adversaire. Et quand on en est là, on est pas loin de céder aux suggestions de la tricherie et de la ruse et ainsi des hommes honnêtes et loyaux se laissent trop souvent aller à commettre des actes nettement réprehensibles". E' a larga estrada aberta á lucta social.

Tal, em suas linhas geraes, a critica sincera do methodo do contracto individual de trabalho, feita por aquelle observador attento e sagaz, (BUREAU) que, em outra parte dos seus estudos, nos mostra ainda como o examinado methodo de contracto "conduz necessariamente, sob o regime da concurrencia, a familia proletaria á privação, á degradação e á miseria", e, permitte "a acção combinada da concurrencia e da pulverisação operaria

para reduzir o salario á penosa condição que todo o mundo deplora ".

10.

RICHARD tambem constata essa indeterminação dos direitos e deveres das partes no contracto individual de trabalho, essa impossibilidade pratica de um accordo real sobre todos os pontos (mesmo sobre os principaes), nem ha a conveniente instrucção do operario, nem o tempo preciso para o industrial estipular pelo meúdo com cada um dos seus trabalhadores. E verifica ainda que tal regime redunda sobretudo em quasi nenhuma garantia do operario, porque as clausulas do contracto são geralmente senão dictadas pelo patrão, ao menos impostas pela situação economica, sendo a deliberação, assim, " absolutamente vã ". Com o systema primitivo do paternalismo, com o poder absoluto do patrão, já se vio como se não levava a melhor na solução daquellas graves incertesas na pratica do contracto. Outro methodo alvitrado, o da determinação das condições do trabalho pelos usos, tambem trouxe os mesmos iniquos effeitos; ainda é solução inacceitavel porque, entre outras rasões, basta considerar que o uso é " quasi sempre o exemplo do mais poderoso seguido pelos outros ".

V

b) regulamento de fabrica;
c) contracto-typo;

11.

Uma forma de regularisação das relações entre industrial e operarios, apparece — immediatamente superiora aos aspectos mencionados do contracto de trabalho — no *regulamento de fabrica* ou *regulamento de trabalho*. São regras do trabalho e decorrentes relações, que o industrial, para sua fabrica, formula, sosinho ou com a collaboração dos seus operarios. PIC chama tal regulamento, a lei interna do estabelecimento.

Distingua-se, porem, os regulamentos " juridicos " dos " technicos " ou " de serviço ". Estes não nos interessam particularmente aqui; disem respeito, não ás relações contractuaes entre operarios e patrão, mas ás " modalidades da convencionada prestação, ás normas concretas, praticas, technicas para desenvolvimento e execução do trabalho ". Aquelles, determinam propriamente os direitos e deveres de ambas as partes, firmando, p. ex., " as mo-

dalidades da admissão em serviço, promoções, salario, despedida, punições . . . " (PIPIA).

12.

Em sua origem o regulamento de fabrica inspira-se nos dois methodos acima indicados, o auctorismo patronal e os usos (RICHARD). O patrão considerando os usos, organisa, sosinho e sem consultar os operarios, o regulamento. E' uma imposição do desenvolvimento da grande industria. Ainda no seu proprio interesse, o industrial determina os direitos e deveres de todos a complexidade dos serviços, o grande numero de trabalhadores, a regularidade da producção, tudo isto reclama que cada um tenha consciencia exacta não só das relações technicas como das relações juridicas que lhe disem respeito. Nesta primeira phase, o patrão ainda tem o poder absoluto, e o regulamento visa mais propriamente a *policia* da fabrica. Houve, porem, um passo á frente . . .

Continuando as consequencias da grande industria, levantam-se *fortes* e *prestigiadas* as associações obreiras, que dão *nova importancia* ao trabalhador, mesmo individualmente considerado. E d'ahi uma correlativa diminuição da tão poderosa autonomia do patrão, que ha por bem receber, embora não seja obrigado a attende-los, os pareceres dos operarios ou das suas associações. Esta, a segunda phase da vida social do regulamento de trabalho.

A terceira é a da organisação *constitucional* da fabrica: os operarios (quasi sempre pelos syndicatos e estes pelos seus delegados) collaboram com o patrão na confecção do regulamento.

E', assim um typo mui interessante este, do regulamento de fabrica, que reflecte (RICHARD) em sua histo-

ria a propria historia do contracto de trabalho: a limitação progressiva do poder absoluto do patrão e do caracter individual do contracto, afim de attingir-se uma situação superior de equilibrio e cooperação de forças.

13.

Uma outra forma de disciplinar as relações do trabalho é o *contracto-typo*. E' " o logico resultado final da disposição que, em certas legislações, submette o regulamento de trabalho ao " contrôle " da auctoridade administrativa " (RICHARD). São modelos de contracto de trabalho, elaborados pela auctoridade executiva da região e que prevalecem, si devidamente publicados, quando não ha por escripto convenção em contrario. A lei permitte a creação destes contractos-typos, tendo em vista os grandes interesses ligados ao contracto de trabalho e á imperfeição com que é este, em regra, estipulado. A auctoridade competente, tendo em attenção as circunstancias especiaes de uma certa profissão, consultará as associações profissionaes interessadas ou certas associações de utilidade publica (podendo todavia apreciar livremente estes pareceres), e somente então, e si julgar conveniente, formulará tal modelo de contracto trabalho. Sobre a provavel influencia do contracto-typo na vida economica, RICHARD, que o estudou em paiz cuja legislação o consagrou e onde já havia formas precursoras, julga, comtudo, difficil prediser: trata-se de uma experiencia ainda a completar. A sua existencia no Codigo vale, porem, como um signal da necessidade profundamente sentida de uma clara determinação dos direitos e deveres no contracto de trabalho, e d[e] uma participação das associações profissionaes na estip[u]lação deste contracto.

VI

d) convenção collectiva

14.

Vem, assim, o contracto de trabalho perdendo, a pouco e pouco, o seu antigo e estreito aspecto individual, para predominar nelle uma larga e nova feição social. Com aquella primitiva forma, se não conseguiram a bôa ordem e a justiça tão necessarias no contracto de trabalho: (1) appella-se agora para uma outra organisação — *a convenção collectiva de trabalho.*

Esta moderna figura contractual nascida da vida economica, é manifestação necessaria daquella tendencia,

(1) ... " vainement on a cherché à atténuer, au moyen des combinaisons diverses, les effets du contract individuel du travail; les bons désirs, les intentions dévouées et systèmes sont demeurés inutiles, et les forces économiques, semblables à ces marteaux pilons qui, dans les grands établissements métallurgiques, écrasent avec une égale facilité une noisette ou une barre d' acilor, ont écarté du même geste les uns et les autres". (BUREAU).

apontada por VIVANTE (1), pela qual a transformação juridica se irá fasendo, em materia de contracto, não pela renovação propriamente da estructura elementar deste, mas pela intervenção das collectividades — administrações publicas, associações profissionaes, cooperativas — na estipulação do contracto, de modo a se elevar a segurança reciproca dos contractantes, e, em particular, dos mais fracos economicamente.

15.

Formada verdadeiramente na vida concreta, a convenção ora mencionada trouxe o nome, dado pela pratica, de *contracto collectivo de trabalho.* Urge, assim, precisar, antes de tudo, que, em rigor theorico, tal denominação é erronea e permitte confusões. Contracto collectivo de trabalho seria, melhor, o contracto pelo qual uma collectividade se obrigasse a prestar certo serviço ou obra (BARASSI, LOUIS-LUCAS) (2). Entretanto, o que, em uso generalisadissimo, se chama assim, não tem por escopo tal prestação.

Em legislação recente já se cuida mesmo de definir o contracto em exame, disendo-se que " a convenção

(1) *Apud* COSENTINI.

(2) " A convenção collectiva não é — como a expressão " contracto collectivo de trabalho ", quasi sempre usada, poderia faze-lo crer, se nos prendessemos ao sentido litteral das palavras — a locação de serviços de diversos operarios reunidos em um mesmo grupo: isto é o contracto de équipe ". (L[…] LUCAS).

collectiva de trabalho (1) é um contracto collectivo rela-
tivo ás condições do trabalho, concluido entre — de uma
parte — os representantes de um syndicato profissional ou
de outro qualquer agrupamento de trabalhadores, (2) e
— de outra parte — os representantes de um syndicato pro-
fissional ou de outro qualquer agrupamento de patrões, ou
diversos patrões contractando a titulo pessoal, ou mesmo
um só patrão. Ella determina as obrigações tomadas de
cada parte contractante para com a outra e principalmente
certas condições a que devem satisfaser os contractos de
trabalho individuaes ou de " équipe " que as pessôas li-
gadas pela convenção estipulem, entre ellas ou com ter-
ceiros, para o genero de trabalho que forma o objecto da
referida convenção ".

Não se trata, portanto, de um verdadeiro contracto
de trabalho. Na convenção collectiva se prefixam condi-
ções para os contractos de trabalho que de futuro se for-
marem. Não existe, porem, á maneira de um contracto

---

(1) Ha uma certa indecisão e imprecisão em o denominar esta fi-
gura contractual. Verificam uns que traz confusões o dizer-se " contracto col-
lectivo de trabalho ", embora alguns destes venham, emfim, a preferir tal denomi-
nação por ser a que nasceu com o facto e a que é entendida de toda gente. Os
allemães em geral chamam " Tarifvertrag ". Outros acceitam " concordato di la-
voro ", ou mais propriamente " concordato preliminare di lavoro " para designar-lhe
a funcção preparatoria. As simples palavras " tarifa " ou " concordata ", ou as
combinações " tarifas concordadas " ou " concordatas de tarifas ". E as formulas
mais longas: " forma collectiva do contracto de trabalho ", " contracto collectivo
sobre as condições do trabalho ", " contract collectif portant sur les conditions du
travail ", etc. . . (GALIZIA). E' acolhida tambem, e até na lei — como vimos
—, a expressão " convenção collectiva de trabalho ".

(2) Dadas, p. ex., a valia e a procura extraordinarias de um traba-
lho, e, considerado o contracto de trabalho do seu ponto de vista geral (compre-
hendendo qualquer trabalho licito), não é possivel conceber-se uma convenção col-
lectiva entre uma collectividade de credores e um só devedor de trabalho ?
HOLER, a quem RICHARD cita e segue, aventa esta hypothese doutrinaria.

typo (PIC), ella tem outra organisação intima e outra
funcção social. Ella é uma convenção que dá regulamen-
tação previa de eventuaes contractos de trabalho (L. LUCAS,
MOREL . . .). A convenção collectiva, em regra, não obriga
a ninguem á estipulação de taes contractos. Ella estatue
para o caso de elles surgirem. Estes, porem, si sobrevie-
rem, não contrariarão o accordo collectivo.

Deste modo organisada, é que existe, na realidade
do mundo economico-social, esta convenção. São-lhe clau-
sulas essenciaes (o que não significa serem indispensa-
veis), as que se ligam sempre á regulamentação dos
futuros contractos de trabalho e têm um caracter perma-
nente. Assim ensina GALIZIA, que exemplifica com as clau-
sulas concernentes ao salario, ao horario do trabalho, ao
tempo dos contractos individuaes, aos processos de pres-
tação do lavor (clausulas todas estas referentes directa-
mente aos porvindoiros contractos de trabalho), e á dura-
ção da propria convenção collectiva. Clausulas accidentaes,
isto é, as que se não referem aos futuros contractos de
trabalho mas regulam as relações entre as partes na con-
venção collectiva, são aquellas relativas ao " methodo col-
lectivo do contracto " (reconhecimento de uma liga ope-
raria, recurso necessario a uma dada agencia de collocação,
etc.), as transitorias (p. ex. — as que disem respeito ao
immediato restabelecimenro da paz entre os contractantes,
depois de um " lock-out ", etc. . .), e as concernentes á
convenção collectiva em si mesma (como as que determi-
nam os processos de revisão deste accordo, ou de inter-
pretação ou garantia do mesmo, etc).

16.

Fructo caracteristico da moderna civilisação, a con-

venção collectiva teve, todavia, certos precedentes historicos na primeira metade do seculo passado a ainda alguns anteriores á Revolução Franceza, havendo até exemplos no seculo XIV (RICHARD, COSENTINI (1)). Firmada, a principio, só entre um patrão e seus operarios, a convenção collectiva nos apparece, na observação de RICHARD, como um aperfeiçoamento do regulamento de fabrica; depois pratica-se entre grupos de trabalhadores e de industriaes. Dando vida nova ás relações entre o trabalho e o capital (inclusive na agricultura) nos diversos paises, a convenção em estudo já se impoz em largo e progressista movimento social e legislativo. (2) Tendendo a ser um regulamento não só de associações mas eminentemente profissional, a convenção collectiva, surgida dentro da officina, applicada depois em outras fabricas do logar e da região, já emprehende a conquista de todo o paiz (LEROY) e aspira mesmo a uma certa efficacia internacional (GALIZIA) (3).

---

(1) Este p. ex., recorda o caso interessante da proposta de convenção collectiva, rejeitada embora pelos patrões e condemnada pela Municipalidade de Paris, feita em 1791 pela "Union fraternelle de les ouvriers de la charpente".

(2) Morel attesta, recentemente, que "a fixação das condições de trabalho por meio de accordos entre aggrupamentos patronaes e obreiros, tende a tornar-se o regime corrente em um grande numero de empresas, quer se trate de por fim a uma grève ou um "lock-out", quer se trate de prevenir-se pelos interessados um conflicto mais ou menos imminente". E informa que "esta pratica se generalisou no curso da Grande Guerra". Taes informações tambem presta LOUIS-LUCAS, dizendo da grande frequencia da convenção collectiva, antes e agora depois daquella conflagração. A importancia crescente e bemfazeja da convenção é tal, que ultimamente "o Parlamento francez tem determinado que o poder regulamentador, encarregado de assegurar a applicação da legislação do trabalho, se refira, tanto quanto possivel, aos accordos advindos entre os grupos interessados, tendo assim até, de certa maneira, chamado os patrões e operarios a collaborar para a legislação profissional" (MOREL).

(3) O A. menciona um projecto de convenção collectiva de alcance internacional, apresentado por EMILIO LEVY ao Congresso Internacional dos Mineiros, em Berlim, em 1894.

17.

Vê-se, precisamente, como a convenção collectiva é creação do regime industrial. Si a pequena industria a não desconhece nem desestima, porem, antes, a tem em grande favor (RICHARD, LEROY), comtudo é no desenvolvimento da grande industria que tal convenção veramente se affirma. E' um effeito das novas necessidades e tendencias de concentração de capitaes e energias de trabalho, concentração que caracterisa a moderna vida economica (ZINI).

O operario (por isto mesmo que lhe tinham proclamado solemnemente a liberdade e nobresa) sentio-se, na incipiente grande industria, desprotegido e annullado como nunca. O autoritarismo patronal, a acção do machinismo, a livre concorrencia, fasiam-no um automato. Ha, porem, sempre, um elemento salvador em todos os excessos: é que estes provocam necessariamente a reacção; e quando este movimento reivindicador sabe aproveitar o methodo e adaptar-se ao ambiente da acção condemnada, então será incisivamente victorioso, o problema apresentar-se-á como o de uma prudencia intelligente, para que tal reacção, por sua vez, se não extravase, em dando apenas nova forma á insegurança e injustiça preexistentes.

A grande industria opprimio o trabalhador, mas o opprimio dentro da fabrica. A oppressão de cada um foi vista de perto por todos, pela multidão operaria. E esta commoveu-se em conjuncto. A consciencia da communhão de interesses despertou. D' ahi á organisação profissional, foi questão de pouco tempo. A concorrencia entre os proprios trabalhadores, os deixava "pulverisados" em frente ao industrial. A associação de classe começou a afastar este perigo. O operario integrado e alevantado nas

collectividades obreiras, iniciou a sua educação pratica, descortinou melhor os seus destinos, E comprehendeu toda a importancia do contracto de trabalho. Ahi, é que se fasia mister a acção da collectividade...

Si a lucta de classes parecia uma fatalidade, fosse ao menos transformada em um estado de "paz armada". O syndicato obreiro deve fortalecer-se, não propriamente para lançar o desafio, para usar contra o capital os meios violentos, mas, simplesmente, para exercer sua pressão externa pacifica, para se faser respeitar, para se hombrear com o industrial, para se ajustarem — de egual para egual — as condições do trabalho, para estipular a convenção collectiva de trabalho (BARASSI).

Esta concordata — effeito do movimento de concentração no regime industrial moderno (LOUIS-LUCAS), e, em particular, da organisação das collectividades dó trabalho (1) — torna-se, a pouco e pouco, a proxima finalidade destas collectividades, que por meio della effeituarão a sua tarefa redemptora.

18.

Evidencia-se, portanto, a mui alta funcção civilisadora da convenção collectiva de trabalho. Ella desloca a discussão entre o industrial e o operario, para um nivel superior, onde estes dois elementos, postos em egualdade de situações, poderão mais livre e serenamente assentar as justas bases do trabalho. . . . Quando não seja por um meritorio sentimento de união, será por uma contingencia ainda feliz de mutuo respeito á força reciproca.

---

(1) Note-se "esta intima relação entre organisação collectiva dos participantes no accordo e organisação collectiva do proprio accordo" (BARASSI).

E, afastada em grande parte a possibilidade de conflictos individuaes e descoberto meio mais ou menos efficaz de resolve-los dentro da ordem, temperada a asperesa da livre concurrencia e solidificada a solidariedade interna em cada classe, — está o caminho aberto para mais tarde, por uma expansão natural de virtude intima, completar-se a acção propicia da convenção collectiva. Será o advento da solidariedade entre as duas classes, em se apagando assim os antagonismos para os quaes tanto contribuio o processo do contracto individual na grande industria.

19.

Em verdade, o prof. PIPIA observou bem, quando attentando na convenção collectiva de trabalho e em certas questões suas "da maxima importancia e gravidade", vio "um auctorisado exemplo da hodierna transformação juridica, sob o embate e impulso das modernas exigencias industriaes, e pelas novas conformações das relações sociaes, certas rigidas figuras individualisticas vão desapparecendo ou assumindo novas formas".

VII

Delicadesa e complexidade do problema do contracto de trabalho

Preoccupação dos juizes, legisladores e doutrinadores

20. Intensificada e diffundida, como vimos, a pratica do contracto de trabalho, avultou este contracto em relevo verdadeiramente inconfundivel. Em meio da evolução juridico-social, desde os resquicios mais condemnaveis do "laissez faire, laissez passer" até ás applicações mais ousadas do socialismo juridico em nossos dias, vio-se o contracto de trabalho, em suas multiplas adaptações praticas, existir na vida real do homem e da sociedade. Esta existencia concreta e palpitante do contracto de trabalho, impressionou por fim os homens da Lei. Elles perceberam as iniquidades dominantes, elles comprehenderam a força nova do trabalhador syndicalisado, elles resolveram agir.

A jurisprudencia, mais proxima da realidade estuante, ao contacto quotidiano dos factos singulares, na pratica diuturna das leis e dos homens, abalou-se em primeiro logar. E interpoz sua palavra. Mas falou com aquella dubiedade e insegurança de quando se procuram resolver novas situações economicas com velhos processos juridicos. D'ahi as direcções oppostas que se seguiram: a resistencia á innovação ... a interpretação vacillante ... a acção percursora do novo Direito. Venceu porem o costume profissional: a jurisprudencia o recebeu. Os "prud-hommes", "probiviri", etc., vão fasendo as experiencias sociaes que se tornam valiosissimas bases para a acção legislativa.

Esta advem sob a pressão das mesmas forças, e percorrendo as mesmas etapas da jurisprudencia: repulsora — prohibindo p. ex. as coalicções obreiras; indecisa — nos inicios da *legislação social*; propulsora — na protecção hodierna a certas reivindicações operarias e, em geral, na admissão do *elemento social* aos espaços reservados ao classico *elemento privado*.

E' toda a expansão vastissima e moderna da legislação sobre syndicatos operarios e patronaes, regulamentos de fabrica, convenções collectivas de trabalho, protecção das mulheres e dos menores no trabalho, horario do trabalho, garantia do salario, accidentes de trabalho e risco profissional, seguro operario, etc.... Já é emfim a tendencia para a constituição de um Direito internacional operario. E, deste modo, "pode-se affirmar que nenhuma forma de contracto jamais deu logar a um movimento legislativo assim consideravel em todas as nações civilisadas, como o contracto de trabalho" (COSENTINI).

Scanned by CamScanner

12.

A par deste movimento da jurisprudencia e da legislação, assistimos um dos mais bellos e fecundos alteamentos da doutrina, alteamento scientifico e moral. Os pensadores, emocionados pelo desequilibrio social que se manifesta tão cruamente no contracto de trabalho, vão submettendo este a um exame sociologico como poucos tem a sciencia realisado. E', talvez, um dos supremos problemas juridicos da nossa civilisação, porque, requerendo com extremada urgencia solução, é ainda um dos mais complexos, um dos mais verdadeiramente *humanos*.

Observando-se attentamente constata-se essa gravissima complexidade. Interesses — os mais vitaes — de ordem physica, psycologica, economica, politica, sociologica, moral, juridica, religiosa ... se ligam intimamente á questão do contracto de trabalho.

Uma rasão ha que explica logo toda esta delicadesa requintada do problema: o contracto, em estudo, tem por objecto o trabalho — uma daquellas duas funcções fundamentalissimas do homem. O trabalho, inseparavel de quem o presta, tem o seu problema juridico calcado sobre a propria questão da personalidade humana e de seus direitos e deveres essencialissimos. E' o homem todo que se interessa á solução do problema do contracto de trabalho. E assim tambem a sociedade. Recorde-se, applicando-se á nossa hypothese, a importancia da funcção social do contracto pela representação e satisfação que este dá ás necessidades substanciaes, aos poderes reaes e á moralidade dos homens.

BUREAU nos adverte de como para o estudo do nosso contracto, é mister alliar á pesquisa mais trabalha-

da e rigorosa no campo da sciencia, a sympathia e o devotamento mais sinceros para com as classes desamparadas, pois que "la science doit éclairer la bonté, et la sympathie pour ceux qui souffrent doit combler les lacunes de la connaissance et exciter le savant à travailler avec plus d'ardeur".

22.

Dentro da esphera da sciencia vemos, primeiro, a necessidade de attentar nos postulados da bio-chimica, da physio-psychologia, da anthropologia emfim, de quem D'AGUANNO esperava a interferencia para indicar o sentido da reorganisação do nosso contracto (*apud* ABEL ANDRADE). Os estudos de psycho-physica do trabalho já são uma realidade brilhante, elles contribuem para a rehabilitação do trabalho, dando p. ex. a prova scientifica do papel eminente do elemento psychico na efficacia, no rendimento do trabalho muscular (BARASSI). E' ainda a anthropologia que directamente auxilia a demonstração do estado de inferioridade physica e psychica a que se reduz o operario explorado pelo patrão (FIORETTI).

No Parlamento brasileiro, ao discutir-se o primeiro projecto de Codigo do Trabalho (onde, logo em seguida ás disposições preliminares, se considerava o contracto de trabalho), e ao estudar-se, em geral, a legislação operaria, assistio-se proclamar (DEODATO MAIA) e satisfaser (PENAFIEL) a necessidade para tal ramo de legiferação, de "uma vasta illustração, um completo conhecimento até de chimica, hygiene, physiologia", etc...

Pese-se a importancia decisiva do são e seguro *ambiente de trabalho* (COGLIOLO), que deve ser garantido no contracto de trabalho ao trabalhador ...

23.

E, assim, na eugenia, ainda se vêm radicar a se- [illegible] e o modo de bem organisar o contracto de tra- balho. Da protecção á integridade physico-psychica do trabalhador, [illegible] depende a segurança e o aper- feiçoamento da raça. Comprehende-se isto, ao primeiro [illegible], relembrada a affirmação de que quasi toda a huma- nidade vive da prestação do trabalho. Si a vitalidade de uma sociedade se mede pelo trabalho, a vitalidade deste se resolve, por sua vez, na do trabalhador.

E como deveria esta verdade ser meditada no Bra- sil, para onde se assevera mesmo (ANDRADE BESERRA) que a grande questão não é propriamente a do trabalho, mas a do trabalhador, que é doente ? Felizmente já exis- tem vozes neste sentido. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, na doutrina, lembra como ao contracto de trabalho se liga o problema da conservação da raça . . . NICANOR DO NASCIMENTO, no Congresso, mostra como a " inferioridade que se estabelece para o trabalhador no contracto de tra- balho deve ser amparada pelo Estado no interesse do pro- prio Estado, na manutenção das qualidades superiores da raça, do desenvolvimento da intelligencia, da vontade em- fim, daquelles espiritos que se têm de desenvolver no nosso paiz " . . . E até nas rasões de um acto do Es- tado . . . " attendendo á conveniencia e necessidade de re- gularisar o trabalho e as condições dos menores empre- gados em . . . fabricas . . ., afim de impedir que, com prejuiso proprio e da prosperidade futura da Patria, sejam sacrifi- cadas milhares de creanças " . . .

24.

Sobre os maximos interesses de ordem economica e social em relação com o contracto de trabalho, já não é preciso insistir. Aqui, a este respeito, [illegible], apenas, como " o contracto de trabalho é deveras, para o salaria- do, um acto de uma excepcional gravidade ", como toda a vida do operario é dependente do contracto de trabalho: dentro da officina ella se regula por este contracto; fora da fabrica, ella ainda lhe soffre a influencia . . " conforme o montante do salario recebido, esta vida será mais ou menos confortavel, mais ou menos miseravel " ([illegible]).

25.

Quanto á importancia do elemento moral no pro- blema do contracto de trabalho, bastaria lembrar que sendo este problema um dos aspectos definidores da cha- mada *questão social*, esta, em autorisada doutrina, foi con- siderada *uma questão moral*.

E . . . já se não deixou ver p. ex., em outra parte desta dissertação, que no contracto de trabalho entre o proletario necessitado e fraco e o industrial satisfeito e forte, a questão se resolve de facto em o grão de morali- dade deste industrial ? E os principios de dignidade pes- soal do trabalhador ? E certas regras, inspiradas em ra- sões de pura moral, sobre o trabalho das mulheres e creanças ? E a existencia da *moral* profissional ? . . . LEON BOURGEOIS respeita no trabalho, " la fonction la plus mo- rale des individus " . . .

26

Uma observação cuidadosa evidenciaria ainda o[illegible] altissimos interesses politicos — da sã politica, nacional

internacional (1) — que se impoem ou se ligam á sorte do contracto de trabalho.

27.

E o problema educacional? Que se pondere, p. ex., a funcção civilisadora, eminentemente educadora das convenções collectivas de trabalho. Que se considere a cautela indicada ao legislador do contracto de trabalho, para que estude profundamente a educação profissional, a educação das classes interessadas, afim de proteger-lhe o incremento ou procurar corrigi-la...

28.

Tambem o interesse religioso (2): Um dos grandes principios christãos é o dever commum de trabalhar, outro é o respeitar no trabalhador toda a nobresa humana, outro ainda é a protecção dos fracos... E o contracto de trabalho, si quiser servir realmente aos seus destinos profundamente humanos, haverá de animar-se de regras como estas.

29.

Evidencia-se, assim, a gravidade extraordinaria da questão do contracto de trabalho, não só para o trabalhador como para toda a Ordem social. Tal evidencia resalta,

---

(1) Conf., p. ex. o Tratado de Paz de Versailles.

(2) O prof ANDRADE BESERRA, a discutir na Camara dos Deputados o projecto de Codigo de Trabalho, e a estudar certos aspectos do contracto de trabalho, considerava este dentro da questão operaria e disia que esta "interessa tambem aos espiritos religiosos" porque "vêm, contristados, que essas constantes lutas de classes, por interesses mal comprehendidos, acirram os animos, cream antinomias onde só deveria haver harmonia, e vão afastando os homens cada vez mais da pratica das virtudes christans que constituem a estructura moral da sociedade".

consoladoramente, deste novo e bemdicto impulso dos espiritos de escol. No contracto de trabalho está o ponto sensivel, por excellencia, da questão operaria hodiernamente. Mesmo porque poucas instituições pode haver que se relacionem intimamente com a protecção do trabalho e que se não communiquem mais ou menos directamente com a complexa instituição que é aquelle contracto (1). Esse gigantesco movimento scientifico e moral, em torno do contracto de trabalho, visa, em verdade, um proximo fim individual — a integração do trabalhador nos seus fundamentaes direitos á vida e á dignidade pessoal —, e um remoto fim social — "a incorporação do proletariado na sociedade moderna", como diria COMTE,... o equilibrio social, emfim.

Ha, portanto, em tal movimento, um logar de honra e responsabilidade incommensuraveis para o Direito. Este deve vigiar e agir para que no contracto de trabalho um contractante não abuse da necessidade ou fraquesa do outro. O Direito tem sua missão suprema no proteger toda tendencia para aquelle equilibrio social, para realisar a sonhada paz e cooperação entre as classes. O contracto de trabalho entregue completamente á pratica social, seria, por fim, a victoria do mais forte: a minoria, ainda hoje; a maioria, amanhan. Mudaria apenas de feição a iniquidade.

A redempção do trabalho terá sua formula, ao menos emquanto caiba no nosso contracto, dada pelo Direito. Mas... em que medida e como intervirá o Direito no contracto de trabalho?

---

(1) Rectamente considerado — como comprehendendo a prestaç[illegible] de qualquer trabalho licito.

VIII

Regulamentação do contracto de trabalho

30.

E' a mais famosa questão juridica do trabalho: a regulamentação do contracto de trabalho. Tendo visto os graves inconvenientes resultantes do abandono deste contracto ás contingencias economicas, e considerado que, alem de deficiente, éra iniqua (1) a antiga regularisação juridica de tal contracto, houveram por bem os juristas

---

(1) Recorde-se o celebre artigo 1781 (abrogado em 1868) do Codigo Civil francez, pelo qual o patrão éra " *cru sur son affirmation* pour la quotité des gages, le paiement des salaires de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante ". Aliás, não faltou quem dissesse ser tal disposição legal inspirada no interesse dos proletarios (COLMET DE SANTERRE, cit. e confutado por TISSIER).

cuidar em uma regulamentação legal mais desenvolvida e propicia nesta materia (1).

Estimando a influencia decisiva do trabalho na marcha da civilisação e o caracter social das funcções do Estado, mostram uns como este renunciaria ás suas fundamentaes funcções de tutela e defesa — inseparaveis da sua finalidade civil — (PIPIA) si não viesse a regulamentar o contracto de trabalho. Outros descobrem em tal organisação juridica a effeituação de um dos ideiaes do Direito (COGLIOLO). Outros ainda, dão as rasões da grande urgencia dessa organisação, que requer a observação mais cuidadosa e sincera (2). Outros mais, accentuam como vae vencendo a tendencia regulamentadora, em attenção ao interesse da sociedade na conservação da raça e á necessidade da protecção aos fracos e opprimidos (J. X. CARV. DE MENDONÇA)... E assim por deante.

31.

Nota-se, claramente, como o problema da regulamentação do contracto de trabalho, acarretando logo a li-

---

(1) No Brasil, dizendo-se inspirados no positivismo e em nome da liberdade de trabalho, alguns politicos (p. ex., BORGES DE MEDEIROS) e juristas (p. ex., M. I. CARVALHO DE MENDONÇA) se oppuseram a tal regulamentação. Tal doutrina não conseguio, porem, vingar em nosso paiz. Ultimamente, no Congresso Juridico do Rio de Janeiro, por occasião do Centenario da Independencia brasileira, concluio-se pela intervenção do Estado que " deve estabelecer as regras segundo as quaes devem ser celebrados os contractos de trabalho, prevenindo conflictos e evitando clausulas immoraes e injustas "; conclusões especiaes houve ainda sobre a grande cautela em legislar, regulamentando, o trabalho das mulheres, sobre a necessidade da intervenção do Estado no contracto de trabalho dos menores, sobre o risco profissional... Esta, aliás, tem sido a opinião predominante no Parlamento, em seus recentes e valiosos estudos na materia.

(2) TARTUFARI, cit. e acompanhado por TORTORI.

mitação da liberdade individual (1), resolve-se emfim na questão dos limites do poder do Estado — problema este que appareceu a IHERING, nos seus "desenvolvimentos sobre a noção do Direito", como "o ponto terminal, o *non plus ultra*". E aqui, em a nossa hypothese, essa delicadesa da questão em verdade se extrema, porque ha conciliar ainda a necessidade da protecção aos fracos com a necessidade não menos imperiosa de não tornar privilegiada uma classe social.

Assim, é forçoso confessar a impossibilidade de traçar uma regra theorica que delimite precisamente essa regulamentação do contracto de trabalho. Como IHERING, a respeito da outra questão mais geral, deve-se concluir que "a lei haurirá inspiração não em uma doutrina abstracta, mas em necessidades reveladas pela pratica".

32.

E estas necessidades, taes como se vêm manifestando modernamente, permittiram a alguns espiritos superiores, o esboço de certos principios geraes e fecundos sobre a medida da intervenção da lei nos contractos.

Tendo a lei uma dupla funcção no contracto — a tutelar e a limitadora da liberdade humana —, esta ultima funcção deve prevalecer na rasão directa da affirmação crescente dos elementos pessoal e social no contracto (CIMBALI). Quanto mais na formação do contracto se reflecte vivamente a personalidade, quanto mais o homem

(1) HAYEM accentúa que o fundamento da these dos intervencionistas em materia de contracto de trabalho, é o mesmo principio com que se justificou contra as convenções sobre propriedade no fim do "ancien regime", o modo de restabelecer a real liberdade: a lei, para assegurar a liberdade individual, intervem, limitando-a.

soffre intimamente os effeitos do contracto e aos riscos deste mais expõe a sua integridade physica, intellectual ou moral, tanto mais a lei ha de intervir para assegurar, limitando, a liberdade individual. E esta necessidade de limitação se reforça quando especialmente avulta o valor social do contracto. O homem, em taes contractos, carece de condições veramente humanas, carece estar o mais possivel ao abrigo das circunstancias exteriores e dos excessos de poder dos outros homens.

E já "é um facto insegavel a tendencia da legislação moderna a subtrair a toda modificação arbitraria os contractos concernentes á vida pessoal dos contractantes" (MENGER), isto é, a tendencia á regulamentação dos mesmos contractos.

BARASSI ainda convergindo para o mesmo principio, confessa que, si "é argumento sempre espinhoso o que quer traçar os limites ao sacrificio da autonomia individual," é, porem, necessario acceitar a regulamentação do contracto pela lei, na medida da patrimonialidade decrescente, e do caracter pessoal predominante na prestação fundamental do contracto.

Chega assim esta doutrina (1) a evidenciar a ra-

(1) CIMBALI e BARASSI manifestam-se expressamente. O primeiro diz p. ex., que "a forma contractual, como causa juridica da obra ou serviço manual que se presta em favor alheio, persistirá sempre; mas o conteúdo pessoal de taes contractos, nas hodiernas condições da industria, torna necessarias mais directas e efficases limitações pelo legislador sobre a pretendida liberdade de alienar, mediante retribuição, o uso das proprias forças em serviço para outrem." O segundo, com todo o seu respeito á autonomia individual, considerada como a regra, reconhece comtudo, e em certa medida approva, a frequencia "daquella intervenção limitadora da autonomia", porque no contracto de trabalho se "tocca cosi davvicino la persona tutta quanta del lavoratore"; e completa: "questo determina anche la extensione di applicazione della categoricità della norma; di regola, fin dove si estende la necessaria tutela del contraente più esposto alla pressione del più forte: il lavoratore".

são e o facto da regulamentação do contracto de trabalho — deste contracto, cuja prestação especifica emana directamente da vida pessoal do trabalhador (1), deste contracto tão profundamente ligado com a vida social.

33.

Não é preciso insistir para ver como neste problema da regulamentação se agita todo um mundo novo, toda a sonhada transformação social do Direito. Bastaria attentar um pouco no acenado ponto da falsa liberdade contractual para o proletario, no systema classico do contracto de trabalho. E' a *vexata questio* da verdadeira egualdade juridica e dos limites á autonomia individual . . . Recorde-se, p. ex., a pagina onde SALEILLES, advertindo que não propugna por "mudados privilegios, falso sentimentalismo ou egualdade chimerica", reclama a integração do vero principio de liberdade individual no Direito social, e denuncia a pomposa egualdade de direito que, sob o systema individualistico, "dans la réalité, fait autant de victimes, si ce n'est plus, que jadis le régime du privilège" . . . "O homem não vive de abstracções, e sim de realidades" . . . "Liberté et intervention, non seulement ne sont pas en contradiction, mais nous apparaissent comme les deux faces d'un même système, tellement que l'une appelle l'autre".

Já é mesmo um logar commum o dizer que o operario é livre apenas apparentemente, no tradicional contracto de trabalho. A sua liberdade, em regra, só é a de

(1) No contracto de trabalho, "o objecto se confunde com a alma e os musculos da pessôa que fornece o trabalho, seu unico meio de subsistencia" (COSENTINI).

não estipular o contracto nas condições impostas, e mui legalmente, ir passar fome com a sua familia. Emquanto (e este ideal ainda é tão longinquo!) a educação profissional se não completar, de modo a solidificar-se um perfeito *costume profissional* (1) que ponha em condições sociaes eguaes para a estipulação do contracto as partes contractantes, será indispensavel a intervenção integradora e pacificadora do Estado.

34.

As formas principaes desta intervenção, foram registadas, em analyse feliz, pelo prof. PIC que nos mostra a lei se impondo: ou para interpretar a vontade das partes ou supprir ao silencio destas (regras sobre effeitos, duração, modos de se formar ou extinguir do contracto . . .), ou para garantir a livre manifestação da vontade dos contractantes (preceitos sanccionadores da liberdade de trabalho ou protectores da personalidade e liberdade individual do operario . . .); ou para cautelosamente restringir a liberdade das partes contractantes, "formulando em nome do interesse geral e da ordem publica, certas regras imperativas ou prohibitivas, inderogaveis pelas convenções particulares" (sobre pagamento e garantia do salario, risco profissional, obrigações reciprocas do patrão e operario . . .); ou para assegurar a solução dos conflictos individuaes e collectivos entre patrões e trabalhadores (jurisdicções e conselhos especiaes do trabalho . . .).

35.

Já são, assim, francamente vencedoras, a doutrina

(1) Sempre tão necessario! (HANOTAUX).

e a pratica da intervenção do Estado no contracto de trabalho. E, modernamente, um signal mui significativo dessa victoria, e dessa renovação universal da consciencia juridica, existe no interesse persistente e nas affirmações solemnes dos Congressos Internacionaes. Não somente congressos de operarios ou sabios doutrinadores, mas congressos de altos poderes politicos a que se juntam por vezes os representantes das classes e da sciencia.

Exemplo (um dos mais impressionantes, pelas circumstancias especialissimas em que se produziu e pelas consequencias que trouxe) foi a Conferencia da Paz, em 1919. *O Tratado de Versailles* preoccupou-se de tal modo com os direitos do Trabalho, que LÉON BOURGEOIS exclamou: "*Cento e trinta annos após a Declaração de direitos do homem, que visava sobretudo os direitos politicos, firma-se esta declaração nova, que visa desta feita os direitos dos individuos no dominio social*". Considerando aqui o Tratado de Paz, não para discutir o merecimento intrinseco das suas clausulas do trabalho, mas simplesmente para o apontar como um effeito e prova da intensidade com que se reclama hoje a regulamentação do trabalho e da extenção geographica dessa necessidade, devo, todavia, lembrar, ao menos, os "principios geraes" que se afiguraram ás Altas Partes Contractantes como "de uma importancia especial e urgente" (1):

1.º O trabalho não deve ser considerado simplesmente como mercadoria ou artigo de commercio; 2.º o direito de associação, visando qualquer objecto licito, assim para os operarios como para os patrões; 3.º o pagamento

(1) "Não como completos ou definitivos".

de um salario que assegure ao trabalhador um nivel conveniente de vida, conforme o tempo e o logar; 4.º a adopção das oito horas de trabalho diario ou da semana de quarenta e oito horas, é um objectivo a attingir onde se não haja ainda realisado; 5.º a adopção do descanço semanal de vinte e quatro horas no minimo, devendo-se comprehender o Domingo sempre que for possivel; 6.º a suppressão do trabalho das creanças, e a obrigação de estabelecer as necessarias limitações ao trabalho dos menores de ambos os sexos, de modo a lhes permittir o continuar a educação e a lhes assegurar o desenvolvimento physico; 7.º salario egual para ambos os sexos, por trabalho egual; 8.º as regras edictadas em cada Estado, sobre as condições de trabalho deverão garantir um equitativo tratamento economico a todos os trabalhadores legalmente residentes no paiz; 9.º cada Estado deverá organisar um serviço de inspecção, do qual partecíparão mulheres, afim de assegurar a applicação das leis e regulamentos em prol dos trabalhadores. (1)

(1) O texto do Tratado nesta parte, deriva do texto da Commissão de legislação internacional do Trabalho, creada pelo Conselho supremo dos Alliados. Ha, porem, nos nove "principios geraes" do Tratado, "notaveis attenuações" da protecção operaria consagrada nos correspondentes "principios" da Commissão (O. FESTY).

IX

Codificação do contracto de trabalho

Conclusão

36.

Apresentada em traços geraes, a importancia do contracto de trabalho na vida e na sciencia, e o consequente interesse em sua regulamentação, pode-se fechar este esboço de uma generalisação sobre tal contracto, dizendo-se agora, summariamente, do criterio em codifica-lo.

Praticando sempre o methodo sociologico — o unico verdadeiro para o estudo do contracto de trabalho — observamos, aqui, como se reduz substancialmente no Direito Civil este contracto.

E' nos superiores principios da verdadeira e justa liberdade e do direito á vida e dignidade pessoal, é nesta vida nova (1) do Direito Civil — chamado agora para os

(1) "*La vita vera vissuta*" — como diriam os italianos.

seus grandes destinos e forte de immensas forças que até hoje não aproveitara —, é nessa esphera de relações privadas onde o homem se define pelo trabalho, que se traça a larga base do contracto de trabalho.

O aspecto prevalentemente de Direito Publico, nos inicios da regularisação juridica do trabalho com a Edade Contemporanea, explica-se justamente pela propria insufficiencia do Direito Privado que se resguardava ainda nos commodos moldes de uma logica abstracta, de uma symetria facil de principios. Envolvido, porem, na moderna ebulição social, foi o Direito tocado incisivamente da realidade, e, se comprehendeu o espirito que haveria de salvar o Direito Privado e a civilisação. E, assim, a questão do contracto de trabalho se entrelaça tambem com o problema da dichotomia do Direito. Hoje, porem, collocou-se este ultimo problema em outros termos: Já se não trata de pacientes e minuciosas demarcações de limites, mas propriamente de novo entendimento das funcções, direitos e deveres do individuo e da sociedade. E' a grande affirmação do *homem* que se integra na communidade. Trata-se, em uma palavra, do chamado Direito Social. Neste Direito está o Direito Civil. E neste Direito Civil tem seus fundamentos o contracto de trabalho. Qual relação mais eminentemente *civil* do que o trabalho?

37.

A questão da incompetencia do Direito Civil para regular o contracto de trabalho é, assim, inadmissivel. Quer-se apenas saber como codificar este contracto: todo elle dentro do Codigo Civil? redacção do Codigo de Trabalho? regulamentação detalhada e rigida? A doutrina e a pratica legislativa são accordes (salvo excepções —

como ha para toda regra) em responder negativamente a estas perguntas.

Sendo um logar commum o accusar-se a maior lacuna dos codigos civis modelados sobre o Codigo Napoleão, na falta de regras e de protecção real do trabalho (LORIA, TISSIER, PIPIA ...), concorda-se, porem, geralmente, em que no Codigo Civil — de estructura mais complicada e de modificação mais difficil — devem ficar apenas as linhas geraes e schematicas, as directrises do contracto de trabalho (BARASSI, COGLIOLO, COSENTINI ... (1)). A parte mais contingente e variavel, os multiplos e cambiantes aspectos do contracto de trabalho, terão seus logares apropriados nas leis especiaes, nessas leis que podem viver mais intima e proficuamente com a vida transitoria de cada dia, nessas leis mais simples e mais facilmente comprehensiveis e reformaveis, nessas leis de tão grande importancia e que... de tantos civilistas — em um grande erro — senão ignoradas, são ao menos desdenhadas (GIANTURCO). Tudo resta agora, em manter uma correspondencia propicia entre essa variedade de regulamentações (contractos de trabalho industrial, commercial, agricola, scenico, domestico, jornalistico, de emprego... convenções collectivas...) e as regras geraes do Codigo sobre a verdadeira liberdade dos contractantes, a tutela dos fracos, o direito a um seguro ambiente de trabalho, a

(1) No Brasil: CLOVIS, ANDRADE FIGUEIRA, TEIXEIRA DE SÁ, ALFREDO PINTO, ANDRADE BESERRA ... CLOVIS, considerando especialmente o Brasil — novo, immenso e vario — accentúa a necessidade de terem os modernos Codigos de Direito Privado uma organisação synthetica, apresentando apenas normas geraes e fecundas, de modo a não entravarem a expontanea evolução social.

garantia do salario e do contracto em geral... Problema delicadissimo este, de discernir e assentar no Codigo os principios fundamentaes das relações do trabalho na vida juridico-social, e, ao mesmo tempo seguir com a plasticidade e o opportunismo das leis especiaes as mutações e as contingencias particulares daquellas relações.

38.

Comprehende-se, então, como não seja aconselhavel a regularisação do contracto de trabalho, em um *Codigo de Trabalho*. Este Codigo quando formulasse regras geraes, seria superfluo: taes regras têm seu logar, por excellencia, no Codigo Civil (1). E quando regulamentasse os particulares typos ou fugidios aspectos do contracto de trabalho, seria inconveniente — pelas mesmas rasões que afastam o Codigo Civil desta tarefa.

39.

Quanto á cautela e moderação indispensaveis no regulamentar o contracto de trabalho, a rasão é evidente. Estamos em uma phase eminentemente de transição. Por um lado, ainda ha muito de instabilidade e imprecisão no praticar as providencias contra as injustiças profundas que molestam as relações do trabalho. Mas, em outro lado observando-se, não ha negar a necessidade urgente de sabias garantias legaes, afim de certas importantissimas formas daquelles preventivos ou remedios (p. ex., as con-

(1) A reforma social do Direito não poderá desprezar as justas conquistas do passado: persistirá a importancia do Codigo Civil que, em se transformando embora, será o eixo da futura Ordem juridica.

venções collectivas) não terem difficultado, desviado ou pervertido o seu desenvolvimento. O legislador quando visar o contracto de trabalho deve, portanto, estudar profundamente a situação *real* das relações a regulamentar. Afim de agir opportunamente, e de modo a não precipitar soluções ainda não devidamente autorisadas, mas tambem a não deixar estiolar-se, por falta do alento da lei, muita formação promissora que a Edade Nova semeou . . .

40.

O problema do contracto de trabalho é, assim, a caracteristica, *por excellencia*, da phase actual da transformação economico-social do Direito Civil.

Hodiernamente, nenhum problema juridico-social lhe vae acima, em complexidade, em delicadesa, em carencia de urgente solução, em significação veramente *humana*.